This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY

Received APR 7 1927

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

XX. Band.

Jahrgang 1901.

ZÜRICH
Druck: Art. Institut Orell Füssli.
1901.

APR 7 1927

Materien-, Gesetzes- und Namensregister

zum Jahrgang 1901.

I. Alphabetisches Materienregister.

A.

Aberkennungsklage, Natur 159.
Aberkennungsklage oder negative Feststellungsklage? 212.
Absolute Handelsgeschäfte 144, 145, 277.
Adoption 213.
Advokatur 147, 148, 197, 287.
Affichen 224.
Aftermietzinse, Pfändbarkeit 199.
Agenturvertrag 42.
Alimentationspflicht des Ehemannes 24.
Amtssprache 5.
Anpreisungen 221.
Anfechtung einer Schenkung 38.
Anfechtung eines Kollokationsplanes 285.
Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen 149, 229.
Anschlußpfändung 198.
Arbeiterversicherung 133.
Arrest 302.

B.

Baurecht 87.
Berufung ans Bundesgericht 72.
Berufungsfrist 157.
Bestätigung, schriftliche 274.
Besetzung der Gerichte 300.
Betreibungsart 54.
Betreibungsort 197.
Betreibungskosten 120.
Betrug, civilrechtlicher 137, 145, 220.
Beweislast bei der Eigentumsklage 38.
Bilanz der Aktiengesellschaften 149, 229.
Bürgschaft 75, 122.

C.

„Calo naturale" (b. d. Seeversicherung) 188.
Concurrence déloyale s. illoyale Konkurrenz.

D.

Dampfmaschine, Zubehörde 196.
Detailangaben b. d. Seeversicherung 183.
Dezeptive Marke 30/1.
Dezimalwage, Kompetenzstück 200.
Dienstbarkeit 284.
Differenzeinwand 206.
Dienstvertrag 133.
Drehstahlhalter 217.

E.

Ediktalladung, Kosten 336.
Ehefrau 131.
Ehefrau, Erwerb 55, 95.
Eigene Aktien, Erwerbsverbot 71.
Eigentümerhypothek 313 ff.
Eigentumsansprache v. gepfänd. Sache 106.
Eigentumsklage 38.
Eigentumsübergang an Lebensversicherungspolicen 35.
Eigentumsvorbehalt 107.
Eigenwechsel 299.
Einheit des Konkurses 118.
„Einlösung" der Polize 181.
Elektrizitätswerk 118.
Empfang der Ware 124.
Entwässerung, Rechtsverfahren 277 ff.
Erbrecht des Adoptierten 213.
Erbschaftssteuerpflicht 115.
Erfindung, Kauf 217.
Erfindungsidee (als Patenterfordernis) 50, 61/2, 223, 328.
Erfindungsschutz 46, 306, 308, 322.
Erfüllungsort 44.
Erfüllungsbereitschaft 254.
Ergänzungspfändung 304.
Essentialia negotii 180.

Existenzminimum 304.
Exkulpationsbeweis 201.
Expromission 191.
Expropriation 15, 281.
Ewiger Vertrag 85.

F.

Fachschriften 61.
Familienrecht 24, 26.
Faustpfand am eigenen Schuldbrief 313 ff.
Feststellungsklage 280.
Firmenrecht 177.
Fixgeschäft 254.
Fortsetzung der Betreibung 200.
Fortsetzung von Prozessen im Konkurs 94.
„Franchise" (b. d. Seeversicherung) 183.
Frachtvertrag 57, 290.
„Französische Konditionen" (b. d. Seeversicherung) 182.
Frist zur Anschlußpfändung 198.

G.

Garantie 122.
Gegenrechtserklärung 31.
Generalversammlungsbeschlüsse, Anfechtbarkeit 149, 229.
Genossenschaft 246.
Gerichte, Besetzung derselben 300.
Gerichtstand 44, 65.
„ der Konkursmasse 128.
Gerichtssprache 5.
Geschäftsbezeichnung 102.
Geschreiung 2 ff.
Gesellschaft 189.
Gestohlene Sachen 204.
Getreidehandel 253.
Getreidesäcke 255.
Gewährleistungspflicht für Schuldbriefe 161.
Gewährsmängel 42.
Gewaltentrennung 279/80.
Gewerbliche Verwertbarkeit d. Erfindung 61.
Grundpfandverwertung 2, 92, 244, 272.
Gründungs-Zirkulare 70.

H.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, Nachklage 11, 165.
Haftpflicht der Eisenbahnen 125.
Handelsgericht, s. Kompetenz.
Handelsgeschäfte, absolute 239, 277, 312.
Handlungsunfähigkeit bei Eigentumsübertragung 109.
Handwagen, Kompetenzstück 200.
Handwerksmäßige Neuerung (Patentrecht) 60, 62, 328.
Havarei, besondere 183/4.
Hülfsgeschäfte des Handels 145, 277.

I.

Idealer Zweck 99, 258.
Illoyale Konkurrenz 101, 152, 236, 324.
Individualrecht 32, 101.
Inkorporation (dringliche) 283.
Irrtum, Vertragsanfechtungsgrund 222, 274.
Jus tollendi 283.

K.

Kantonales Recht 123.
Kauf 6, 42.
Kauf, Lieferpflicht des Verkäufers 261.
Kaution, b. d. Betreibung 120.
Kaution (Versteigerung) 272.
Kollektivgesellschaft 189.
Kollektivversicherung 8, 20, 133.
Kollokationsplan 132.
Kollokationsstreit 132.
„ örtliche Kompetenz 119.
Komanditgesellschaft 89.
Kommissionskopie 273.
Kompensation 6.
Kompetenzstücke 68, 90, 131, 132, 200.
Kompetenz, Begriff 280.
Kompetenz des Handelsgerichtes, 71, 142, 145, 159, 237, 277, 311, 312.
Konkursbetreibung 89, 200.
Konkursmasse, Gerichtsstand 128.
Konkurseröffnung 78, 200.
Konkursverfahren 94, 118.
Kontokorrent 239.
Konstruktionssystem 223.
Konventionalstrafe 84, 86, 87.
Krankenvereine 257.
Kreditversicherungsbrief 193.

L.

Lagerfässer, Zubehörden 196.
Lebensversicherungspolize 35.
Leitungsnetz, Zubehörde 281 ff.
Liberierte Aktien 246.
Lieferungskauf 261.
Liegenschaftenkauf 156, 264.
„ der Ehefrau 294.
Lithographiesteine 274.
Liquidationsbilanz 252.

Liquidation der Genossenschaft 246.
Lizenzvertrag 220, 223.
Lohnpfändung 56, 95, 199, 304.
Lokomobil, Zubehörde 196.
Löschung von Schuldbriefen 2.

M.

Maklervertrag 43.
Markenrecht 29 ff., 152 ff., 233.
Mieter, bei Zwangsverwertung der Mietsache 331.
Mietvertrag 224.
Mietzinse bei Pfandverwertung und Konkurs 225, 331, 334.
Miteigentum 318.
Modell 330.
Modelldarstellbarkeit der Erfindung 326.

N.

Nachlaßvertrag 27, 78/9, 140.
Nachpfändung 304.
Nähmaschine 68.
Namenrecht 101.
Negative Feststellungsklage 212, 280.
Nichtigerklärung, teilweise, eines Patentes 307.
Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes 109.
Neuheit der Erfindung 50.
Notariatsprotokolle, Einsicht 197.
Notare, als Protestbeamte 73.
Nova 61.

P.

Parteivertretung 147, 148.
Patentanspruch 60.
Patentgegenstand 59, 326.
Patent-Nichtigkeitsklage 225.
Patentschriften 50, 308.
Perfektion des Vertrages 6, 181.
Pfandrecht an Zubehörden 236.
Pfändung 55, 106, 130, 241 (s. auch Lohnpfändung).
Pfandverwertung 106, 241, 301.
„ von Schuldbriefen 333.
Priorität des Markenrechtes 30/1.
„ einer Geschäftsbezeichnung 101.
Prioritätsrecht für Patente 51, 309.
Prokurist 238.
Protesterlaß 210.
Protest beim Wechsel 73.
Provision des Agenten (Maklers) 42.
Provisorische Polize 180/2.
Prozeßentschädigung 53.
Prozeßrecht 157.
Prozeßzuweisung 84 ff.
Prüfungsort der Ware 124.

Q.

Quartierplanverfahren 239.

R.

Ratenkauf 33.
Realrecht 283.
Realoblation 254.
Rechtssache 279.
Rechtsvorschlag 130.
Retentionsrecht 14.
Rentenpfändung 241.

S.

Sachbezeichnung 101.
Sachwalter, gerichtlicher 79.
Schätzungsverfahren, b. d. Entwässerung 281.
Schadensermittlung (b. d. Seeversicherung) 184/6.
Schadenersatz bei Vertrag 42.
Schadenersatz aus Delikt 201.
Schausteller 90.
Schuldanerkennung der Ehefrau 227.
Schuldbrief, ungedeckter 2.
Schuldbriefverkehr 123, 161, 313 ff., 333.
Schuldschein 145.
Schuldübernahme 88, 102, 191, 264.
„Schwinden" der Güter (Seeversicherung) 188.
Seeversicherung 168 ff., 180 ff.
Selbsthülfeverkauf 63.
Selbstversicherer 185.
Selbstverschulden bei Unfall 125, 165.
Servitut s. Dienstbarkeit.
Sohnsvorteil 114.
Sperrfrist für Patente 51/2.
Spezialschutzgesetze 101.
Stillschweigen 274.
Steuerforderung, Überprüfung 114.
„ Betreibung 197.
Stofferfindungen 326.
Stoffgemenge, Patentierbarkeit 327, 330.
Substitution in Prozessen 84/85.

T.

Teilnahmefrist 131.
Teilung der Provision des Agenten 44.
Teilungsklage 318.
Teilweise Nichtigkeit eines Patentes 62.

U.

Unfallversicherung 8.
Unfreiwilligkeitszuschlag 15.
Unsittlicher Vertrag 86/87.

Unterscheidbarkeit neuer Firmen 101/2.
Unterstützungspflicht des Ehemannes 24.
Urteilsfällung 226.
Usanzen 188, 258, 276.
„ der Zürcher Getreidebörse 255.

V.

Vaterschaftsklage 106.
Vendors shares 246.
Verein, wirtschaftlicher 99/100.
Verfahren (im Patentrecht) 326, 330.
Verjährung 69, 227.
Verlorene Sachen 204.
Versicherung von Tieren 17.
Versicherungsinteresse 185.
Versicherungsvertrag, Form 17, 20, 180.
Versteigerung 2, 272.
Vertragsanfechtung 137.
Vertragserfüllung 6.
Vertrag zu gunsten Dritter 35, 133.
Verzug 254.
Verwaltungsstreitigkeit 279.
Verwirkung 69.
Verwertungsart 334.
Vindikation von Weibergut 26.
„ veraberwandelter Wertpapiere 204.
Vorausgesetzter Gebrauch der Kaufsache 42.

W.

Wandelung beim Ratenkauf 33.
Wasserleitungsnetz, Zubehörde? 281 ff.
Wasserverschlüsse, Neuheit? 61.
Wechselprotest 73.
Wechselrecht 299.
Weibergutsforderung 167.
Werkvertrag 145, 275.
Wertpapiere, veraberwandelte 204.
Wirtschaftlicher Verein 99/100, 258.
Wohnortsänderung der Prozeßparteien 336.

Z.

Zedent, Gewährleistungspflicht 161.
Zeugnispflicht des Anwaltes 287.
Zirkulare, (Gründungs-) 70.
Zoll-Versicherung 184/6.
Zubehörden 92, 196, 281 ff. 296.
Zufall bei Eisenbahnunfall 125.
Zusatzpatent 62.
Zwangsnachlaßertrag 78, 79.

II. Gesetzes-Register.

A. Bundesrecht.

1. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.
Art. 59 S. 44, 65.
Art. 64 S. 100.

2. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. (A. S. XIII, 455 ff.)
Art. 70 S. 72.

3. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen u. Dampfschiffen vom 29. März 1893. (A. S. XIII, 644 ff.)
Art. 16 S. 291.
Art. 31 S. 57.
Art. 39 S. 292.
Art. 45 S. 294.

4. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen und Transportunternehmungen bei Tötungen u. Verletzungen v. 1. Juli 1875. (A. S. I, 787 ff.)
Art. 2 S. 125.

5. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- u. Handelsmarken u. s. w. v. 26. Sept. 1890. (A. S. XII, 1 ff.)
Art. 5 S. 31/2.

6. Übereinkunft zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn z. wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken v. 22. Juni 1885. (A. S. N. F. IX, 29.)
Art. 1 S. 30.
Art. 2 S. 30.

7. Übereinkommen zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich betr. den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 13. April 1892. (A. S. N. F. XIV, 375.)
Art. 1 S. 51/2.
Art. 3 S. 51/2.
Art. 4 S. 48/9, 51/2

8. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. (A. S. V, 562 ff.)

Art. 8 S. 11.

9. Bundesgesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881, vom 26. April 1887. (A. S. X, 165 ff.)

Art. 3 S. 319.

10. Bundesgesetz betr. das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881. (A. S. V, 625 ff.)

Art. 5 S. 6.
Art. 17 S. 85.
Art. 18 S. 8, 9.
Art. 19 S. 222, 274.
Art. 24 S. 8, 9, 137, 145, 220.
Art. 28 S. 69, 138.
Art. 32 Abs. 1 S. 109.
Art. 50 S. 201.
Art. 62 S. 201.
Art. 65 S. 201.
Art. 92 S. 68.
Art. 93 S. 68.
Art. 108 S. 63.
Art. 110 S. 156.
Art. 126 S. 264.
Art. 127 S. 136.
Art. 154 Ziff. 1 S. 227.
Art. 176 S. 42.
Art. 179 S. 97.
Art. 181 S. 85/6.
Art. 182 S. 97.
Art. 192 S. 164.
Art. 205 S. 204.
Art. 206 S. 204.
Art. 210 S. 92, 123, 297.
Art. 213 S. 123.
Art. 234 S. 33.
Art. 243 S. 124.
Art. 246 S. 124.
Art. 248 Abs. 3 S. 63.
Art. 253 S. 42.
Art. 255 S. 33.
Art. 274 S. 15.
Art. 281 S. 331.
Art. 288 S. 225.
Art. 294 S. 226.
Art. 405 S. 42.
Art. 502 S. 122.
Art. 512 S. 206.
Art. 573 S. 90.
Art. 585 S. 191.
Art. 611 S. 90.
Art. 628 S. 71.
Art. 656 S. 149, 229.
Art. 657 S. 28.
Art. 671 S. 70.
Art. 678 S. 99/100, 257, 260.
Art. 716 S. 99, 257.
Art. 717 S. 99/100, 257.
Art. 719 S. 100, 259.
Art. 722 S. 299.
Art. 763 S. 210.
Art. 814 S. 73.
Art. 825 S. 299.
Art. 868 S. 102.
Art. 873 S. 177.
Art. 874 S. 177.

11. Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. (A. S. XI. 529 ff.)

Art. 40 S. 90.
Art. 46 S. 197.
Art. 53 S. 200.
Art. 68 S. 120.
Art. 83 Abs. 2 S. 212.
Art. 88 S. 304.
Art. 91 S. 130.
Art. 92 S. 90, 131, 242.
Art. 93 S. 199, 242 ff., 304.
Art. 106 S. 107, 108.
Art. 110 S. 131, 198.
Art. 111 S. 131, 167.
Art. 132 S. 244, 334.
Art. 142 S. 2 ff.
Art. 143 S. 272.
Art. 145 S. 334.
Art. 146 S. 285.
Art. 147 S. 285.
Art. 148 S. 285.
Art. 154 S. 301.
Art. 158 S. 3, 4.
Art. 197 S. 119.
Art. 206 S. 244.
Art. 207 S. 94.
Art. 208 S. 225.
Art. 210 S. 7.

Art. 211 S. 7, 332.
Art. 218 S. 269.
Art. 221 S. 119.
Art. 230 S. 244.
Art. 245 S. 132.
Art. 250 S. 118.
Art. 251 S. 132.
Art. 260 S. 94.
Art. 262 S. 336.
Art. 271 S. 303.
Art. 281 S. 303.
Art. 293 S. 28.
Art. 303 S. 269.

12. Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888. (A. S. X, 764 ff.)
Art. 10 Ziff. 1 S. 310.
Art. 14 S. 59.

13. Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. (A. S. XII, 369 ff.)
Art. 28 Ziff. 2 S. 213.

B. Gesetze des Kantons Zürich.

1. Privatrechtliches Gesetzbuch vom 19. April 1887. (O. S. XXI, 409 ff.)
§ 18 S. 99.
§ 50 S. 196, 285.
§ 51 S. 281 ff.
§ 52 S. 93, 196.
§ 54 S. 298.
§ 76 S. 39.
§ 121 lit. a S. 109.
§ 331 S. 198.
§ 338 S. 296.
§ 352 S. 334.
§ 361 S. 103.
§ 362 S. 198.
§ 363 S. 102, 198, 264.
§ 386 S. 313 ff.
§ 390 S. 334.
§ 497 S. 180.
§ 509 S. 8, 10.
§ 572 S. 197.
§ 586 S. 25.
§ 593 S. 55.
§ 598 S. 295.
§ 599 S. 295.
§ 698 S. 106.
§ 720 S. 213.

2. Gesetz betr. die Rechtspflege vom 2. Dez. 1874. (O. S. XVIII, 57 ff.)
§ 26 S. 300.
§ 95 S. 71, 144, 145, 237, 277, 311, 312.
§ 102 S. 239.
§ 189 S. 336.
§ 192 S. 226.
§ 252 S. 157.
§ 275 S. 53.
§ 292 S. 300.
§ 317 S. 69.
§ 365 S. 287.
§ 549 S. 226.
§ 681 S. 226.
§ 704 S. 281/2.
§ 729 S. 287.

3. Gesetz betr. die Einführung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 5. Juli 1891. (O. S. XXII, 348 ff.)
§ 29 S. 55.
§ 31 S. 26, 198.
§ 41 S. 26, 107.
§ 48 S. 2 ff.
§ 58 S. 3, 5.
§ 88 S. 300.
§ 100 S. 300.

4. Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten vom 30. November 1879. (O. S. XX, 114 ff.)
§ 13 S. 16, 239.
§ 46 S. 281.

5. Gesetz betr. die städtische Bauordnung vom 23. April 1893. (O. S. XXIII, 177 ff.)
§ 55 S. 87.
§ 58 S. 87.

6. Gesetz betr. Bewässerung und Entwässerung von grössern Grundflächen vom 30. Juni 1864. (O. S. XIII, 267.)
§ 22 S. 279, 281.
§ 24 S. 279.

§§ 25 S. 279.
§ 33 S. 279.
§ 40 S. 281.

7. Gesetz betr. die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer vom 24. April 1870. (O. S. XIV, 337 ff.)
§§ 6 u. 7 S. 115.
§ 22 S. 115.

8. Gesetz betr. die Erbschaftssteuer vom 20. Februar 1870. (O. S. XV, 234.)
§ 1 S. 116.

9. Gesetz betr. die Ausübung des Rechtsanwaltberufes vom 3. Juli 1898. (O. S. XXV, 225.)
§ 1 S. 147, 197.
§ 11 S. 148.

III. Namen-Register.

A.

Aargauische Bank c. Th. Fierz 204.
Aargauische Kreditanstalt 118.
Ackermann, M., & Cie. c. Chalus frères 70.
Aeppli c. Bachmann 6.
Aktienbrauerei Zürich c. Eidgenössische Bank A.-G. 145.
Allgem. Carbid- und Acetylengesellschaft c. Wegmann-Hauser 46, 59.
von Allmen c. S. Feitis 253.
„Apollo", — Erste Österr. Seifensieder-Gesellschaft c. Gebr. Schnyder & Cie 29.
Arnold, J. G., c. Dr. Guhl 81 ff.
Aufricht, J. 107.

B.

Bachmann c. Aeppli 6.
Baltensberger 244.
Bank in Baden c. H. Sax 237.
Bank in Baden c. Zehnder 123.
Bartenstein c. Felber 319.
Bassi c. Erben Rathgeb 213.
Baur c. Wilisch & Cie. 41.
Beck & Henkel c. Kaiser & Cie. 306, 308.
Beerli c. Senn 102.
Bernhard, A., c. B. Haymann 121.
Blaser, Marie, gesch. Studer 241.
„Blitz", A.-G., c. S. Steiner & Cie. 217 ff.
Blösser, K. u. W., c. J. Bolliger 274.
Bockhorn u. Kons. c. Entwässerungsgenossenschaft Ottenhausen 281.
Bohensky c. Lennig 44.
Bohny, Hollinger & Cie. c. Pearson & Cie. 233.
Boller c. Stadt Zürich 114.
Bolliger c. Schmid 137.
Boßhard & Bachmann u. Kons. c. H. Frech 333.
Boßhard c. Gibel 318.
Brändli c. Kunz 101.
Bruppacher-Grau, F., c. R. Ulrich 43.
Bürkli c. Stadt Zürich 239.
Burri, R., 91.
Buss, Albert & Cie., A.-G. 177 ff.

C.

Capitani c. Maschinenfabrik Oerlikon 11.
Chalus frères c. M. Ackermann & Cie. 70.
Coceytaux c. Frey 42.
Credito Ticinese c. Chocoladenfabrik Sprüngli A.-G. 226.

D.

Diggelmann c. Fiskus 115.
Duvillard c. Rütimeyer 106.

E.

Egli u. Cons. c. Konkursmasse Hirzel-Burkhard 128.
Eidgenössische Bank A.-G., c. Aktienbrauerei Zürich 145.
Eidgenössische Bank A.-G. c. Sprüngli 87.

F.

Fandreyer & Cie. c. A.-G. für Kaffee-Konservierung 322.
Fäh & Stierli c. Wachter 140.
Feitis, S., c. v. Allmen 253.
Felber c. Bartenstein 319.
Fetzel c. Nordostbahn 125.
Fierz, Th., c. Aargauische Bank 204.
Fietz & Leuthold c. Weinmann 165.

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

XX. Band.

Jahrgang 1901.

ZÜRICH
Druck: Art. Institut Orell Füssli.
1901.

IV. Litteraturanzeigen.

1. *Pick, Dr. Berthold.* Die Lohnbeschlagnahme nach österr. und deutschem Recht. Zugleich ein Beitrag zur jur. Begriffsbildung. Wien 1900. S. 79.
2. *Curti, Dr. Eugen.* Sämtliche Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet, in 2 Bänden. Zürich, Schultheß & Cie. 1901. S. 95, 255.
3. Neues *Firmenverzeichnis des Kts. Zürich* abgeschlossen auf 31. Dezember 1901. Zürich, Art. Institut Orell Füssli, 1901. S. 96.
4. *Bucher, J. J.* Die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften im Kanton Zürich. Zürich 1901, Selbstverlag S. 148.
5. *Jäger, Dr. C.* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung u. Konkurs. III. Abt. Zürich 1901, Art. Institut Orell Füssli. S. 240.
6. Zeitschrift *Unlauterer Wettbewerb.* Berlin, H. Walter. S. 256.
7. *Meili, Prof. Dr.* Die Kodifikation des Schweiz. Privat- und Strafrechtes. Zürich Art. Institut Orell Füssli 1901. S. 256.
8. *Meili, Prof. Dr.* Der gesetzgeberische Kampf gegen die Schädigung im Bauhandwerke, in der illoyalen Konkurrenz und im Kreditwesen. Zürich Art. Institut Orell Füssli 1901. S. 256,
9. *Schweizer. Rechts- und Finanzkalender* auf das Jahr 1902. Zürich, Schultheß & Cie. S. 320.

15. Januar 1901. XX. Band. No. 1.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Grundpfandverwertung, b) Amtssprache. II. Entscheidungen der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Kauf, b) Kollektivversicherung, c) Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, d) Retentionsrecht, e) Expropriation.

Mit dieser Nummer beginnt der XX. Jahrgang der

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Die Verlagsbuchhandlung erlaubt sich, neuerdings zum Abonnement einzuladen. Die Blätter erscheinen alle 14 Tage und kosten bei der Post oder bei der Verlagsbuchhandlung bestellt 8 Fr. per Jahr.

Die Zeitschrift veröffentlicht die interessantern Urteile des zürcherischen Handelsgerichtes und überhaupt ins Handels- oder Civilrecht fallende Entscheidungen zürcherischer Gerichte, sowie solche anderer Kantone und des schweizerischen Bundesgerichtes. In gleicher Weise behandelt sie das Gebiet des Betreibungs-, und Konkursrechts, namentlich aber auch die Materien des Firmen-, Erfindungs-, Muster- und Markenschutzes, sowie der unerlaubten Geschäftskonkurrenz u. s. w. Die vornehmlich für das Baugewerbe wichtige Gerichtspraxis im Gebiete des Baurechtes, der Expropriation u. s. w. findet in den Blättern eingehende Darstellung. Zum richtigen Verständnis der Entscheidungen sind die ihnen zu Grunde liegenden Verhältnisse jeweilen sorgfältig mitgeteilt.

In dieser bewährten Form hat die vorliegende Sammlung nicht nur für die Juristen hervorragendes Interesse, sondern sie bietet auch dem Kaufmanns- und Gewerbestand eine wertvolle Fundgrube praktischer Erfahrungen, die ihnen in vielen Fällen von großem Nutzen sein können.

Man abonniert bei sämtlichen Buchhandlungen und Postämtern, sowie direkt bei der Verlagsbuchhandlung

Art. Institut Orell Füssli, Verlag, Zürich.

☞ ***Das Inhaltsverzeichnis zu Band XIX dieser Blätter wird den Tit. Abonnenten mit dieser Nummer zugestellt.***

Schweizerisches Bundesgericht.

Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

I. Grundpfandverwertung.

Rechtsfolgen des ungenügenden Angebotes bei der zweiten Versteigerung. (Art. 142 u. 158 Sch.- u. K.-G.) Die Vorschrift des § 48 Abs. 1 des kantonalen (zürcherischen) Einführungsgesetzes z. Schuldbetreib. u. Konkursgesetz, wornach in diesem Falle das Grundstück der Pfandschaft für die betriebene und die nachgehenden Forderungen entlassen ist und diese Forderungen als laufende zu behandeln sind, — so daß das Betreibungsamt die betreffenden Schuldtitel einzuverlangen und deren Löschung am Grundprotokoll zu veranlassen hat, — gehört dem Betreibungsrechte an (nicht dem der kantonalen Gesetzgebung überlassenen Hypothekarrecht), sie geht indes über den Inhalt des Bundesrechtes (Art. 142 u. 158 Sch.- u. K.-G.) hinaus und steht mit demselben im Widerspruch; auch innerlich erscheint sie nicht als gerechtfertigt. Das Betreibungsamt kann daher in einem solchen Falle nicht die Herausgabe des ungedeckten Schuldbriefes behufs Löschung verlangen, sondern es bleibt die civilrechtliche Frage, ob das Pfandrecht untergegangen sei, dem gerichtlichen Entscheid vorbehalten.

Schreinermeister H. Geier in Zürich ist Inhaber eines Schuldbriefes von Fr. 38,000 auf eine Liegenschaft am Friesenberg in Zürich, die gegenwärtig einem St. Salerno in Paris gehört. Dem Titel geht u. a. ein Schuldbrief von Fr. 3000 vor, für welchen der Inhaber Betreibung anhob. Infolge Geschreiung kam die Liegenschaft auf die Gant. Das Höchstangebot bei der zweiten Steigerung betrug Fr. 91,000, während der Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden pfandversicherten Forderungen Fr. 164,802. 70 Cts. ausmachte. Es erfolgte deshalb gemäß Art. 142 des Betreibungsgesetzes kein Zuschlag.

Abs. 1 des § 48 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, der unter der Aufschrift „Allgemeine Vorschriften über Pfändung und Zwangsversteigerung von Liegenschaften“ steht, lautet: „Kann bei einer Steigerung in der Pfandverwertung ein Grundstück wegen ungenügenden Angebots nicht zugeschlagen werden (Art. 142 des Bundesgesetzes) so bleiben die dem treibenden Gläubiger vorgehenden Pfandrechte bestehen; dagegen wird das Grundstück der Pfandschaft für die betriebene und die nachgehenden Forderungen entlassen und sind diese als laufende zu behandeln.“ Und nach Abs. 3 des § 58, der unter dem Titel „Geschreiung“ steht, wird das Grundstück eines Geschreiten, wenn es zur Versteigerung gebracht, jedoch wegen ungenügenden Angebots nicht zugeschlagen wird, der Pfandschaft entlassen.

Unter Berufung auf § 48 des Einführungsgesetzes verlangte der Betreibungsbeamte von H. Geier die Auslieferung des Schuldbriefes von Fr. 38,000, um denselben im Notariatsprotokoll löschen zu lassen. Geier beschwerte sich hiegegen bei der untern kantonalen Aufsichtsbehörde, indem er geltend machte, daß sich die angezogene Bestimmung nicht auf vertragliche Pfandrechte, sondern nur auf betreibungsrechtliche Pfändungen beziehe; erstere könnten ihrem Entstehungsgrunde nach nur untergehen, wenn bei der Realisierung der Erlös des Unterpfandes die betriebene Forderung nicht decke; nicht aber dürfe eine solche Folge schon daran geknüpft werden, daß bei einem Steigerungsversuch kein genügendes Angebot falle. Das eidg. Betreibungsgesetz sehe denn auch in Art. 142 eine solche Folge nicht vor und ebensowenig verlange das kantonale Hypothekarrecht die Löschung, für die überhaupt kein triftiger Grund vorgebracht werden könne.

Die untere und auf Rekurs des H. Geier hin auch die obere kantonale Aufsichtsbehörde wiesen die Beschwerde ab, weil nach dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzes § 48 Abs. 1 des zürcherischen Einführungsgesetzes auch auf die vertraglichen Pfandrechte Anwendung finde.

Den oberinstanzlichen Entscheid focht H. Geier vor dem Bundesgericht an, indem er daran festhielt, daß an die erfolglose Ver-

steigerung von zur Pfandverwertung gebrachten Liegenschaften von Gesetzes wegen keine weiteren Folgen geknüpft werden dürfen, als die in den Art. 156 und 142 des Betreibungsgesetzes vorgesehenen, d. h., daß die Betreibung in Hinsicht auf die fraglichen Liegenschaften dahinfalle. Beim vertraglichen Pfandrechte habe die Betreibung das Pfandrecht nicht geschaffen, es habe vor ihr bestanden und wolle nur durch sie realisiert werden; indem die Betreibung dahinfalle, falle auch die derzeitige Realisation des Pfandrechts dahin, während dieses selbst auf seiner vertraglichen Basis samt Forderung fortbestehe. Die angefochtenen Bestimmungen in §§ 48 und 58 des zürcherischen Einführungsgesetzes stünden danach im Widerspruch mit eidgenössischem Recht und seien gemäß Art. 318 des Betreibungsgesetzes nichtig. Er beantragte, es sei das Begehren des Betreibungsamtes um Aushingabe des Titels behufs Löschung des Pfandes abzuweisen.

Das Bundesgericht hieß den Rekurs, unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung, gut, im Sinne folgender

Gründe.

1. Es kann sich fragen, ob die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zur Überprüfung des lediglich auf kantonales Recht abstellenden Vorentscheides sachlich kompetent sei. Dies ist jedoch zu bejahen, da die Gültigkeit einer betreibungsamtlichen Verfügung im Streite liegt, von welcher der Rekurrent behauptet, daß sie selbst oder die Bestimmung des kantonalen Einführungsgesetzes, auf die sie sich stützt, mit Bundesrecht, nämlich mit Art. 142 Abs. 3 des eidgenössischen Betreibungsgesetzes in Widerspruch stehe.

2. Es erscheint naheliegend, zu erklären, durch die kantonale Vorschrift in § 48 Abs. 1, bezw. in § 58 Abs. 3 des zürcherischen Einführungsgesetzes werde einfach ein neuer Erlöschungsgrund für das Grundpfandrecht geschaffen, und mit eidgenössischem Recht könne dies, da die Regelung des Hypothekarrechts Sache der Kantone sei, nicht im Widerspruch stehen. Schon der äusserliche Umstand muß jedoch Bedenken erwecken, daß dieser Erlöschungsgrund nicht im materiellen Hypothekarrecht aufgestellt ist, sondern in dem vorab auf die Zwangsvollstreckung bezüglichen, zur Durchführung des eidgenössischen Betreibungsgesetzes im Kanton Zürich bestimmten Einführungsgesetze dazu.

Bei näherer Betrachtung ergeben sich denn auch schwerwiegende Gründe gegen jene Auffassung: Der Thatbestand, an den die fragliche Vorschrift des Einführungsgesetzes die Rechtsfolge des Untergangs von Grundpfandrechten knüpft, ist der, daß bei einer Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes die Steigerung wegen ungenügenden Angebots nicht zum Zuschlag geführt hat, also erfolglos geblieben ist. An diesen, durch eine Betreibung herbeigeführten Thatbestand knüpft auch der eidgenössische Gesetzgeber bestimmte Rechtsfolgen, indem er in Art. 142 Abs. 3, der nach Art. 158 auch für die Pfandverwertung gilt, bestimmt, daß die Betreibung in Hinsicht auf die betreffende Liegenschaft dahinfalle, und in Art. 158 Abs. 1 weiter vorschreibt: „Dem betreibenden Gläubiger wird, wenn wegen ungenügenden Angebots (Art. 127 Abs. 2 und 142 Abs. 2) die Verwertung des Pfandes nicht stattfinden konnte, oder wenn der Erlös seine Forderung nicht deckt, eine diese Thatsache verurkundende Bescheinigung ausgestellt.“ In Abs. 2 des Artikels 158 wird weiter gesagt, es könne der Gläubiger die Betreibung, je nach der Person des Schuldners, auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses führen, sofern nicht nach der kantonalen Hypothekargesetzgebung die Schuld erloschen sei. Weder verbindet sonach das eidgenössische Recht selbst mit der erfolglosen betreibungsrechtlichen Versteigerung eines Pfandes materiellrechtliche Folgen, noch behält es in dieser Richtung das kantonale Recht vor, außer bezüglich der Frage, ob nicht die Schuld erloschen sei, was richtigerweise dahin zu formulieren ist, ob neben der Haftung mit der Liegenschaft eine persönliche Haftung des Hypothekarschuldners bestehe, bezw. fortbestehe (vergl. Kommentar von Weber und Brüstlein zu Art. 158, Ziff. 2). Gerade die Aufnahme

dieser Klausel läßt der Vermutung Raum, daß das kantonale Recht ebenfalls ausdrücklich vorbehalten worden wäre, wenn der eidgenössische Gesetzgeber hätte zulassen wollen, daß dasselbe die Thatsache der Erfolglosigkeit einer betreibungsrechtlichen Pfandversteigerung mit der materiellrechtlichen Wirkung des Erlöschens des Pfandrechts für die betriebene und die nachgehenden Forderungen ausstatten dürfe.

Auch innere Gründe sprechen gegen eine solche Annahme: Die beanstandete Verfügung des zürcherischen Einführungsgesetzes schiesst weit über das hinaus, was dem Wesen und Zwecke der Betreibung auf Pfandverwertung, wie sie sich aus dem eidgenössischen Rechte ergeben, entspricht. Diese ist das amtliche Verfahren, mittelst dessen der Pfandgläubiger zwangsweise aus seinem Pfande Befriedigung für seine Forderung sucht. Wenn er sie dabei nicht findet, so ist damit noch keineswegs festgestellt, daß sein Pfandrecht ökonomisch wertlos sei und noch weniger, daß es auf rechtlichen Bestand keinen Anspruch mehr habe. Vernünftigerweise ist vielmehr daraus nur herzuleiten, daß der Gläubiger für die zwangsweise Realisierung seiner Forderung nicht mehr auf sein Pfand verwiesen werden darf, sondern zum Zugriff auf das übrige Vermögen des Schuldners zugelassen werden muss. Mag es sich aber vielleicht auch für die betriebene Forderung rechtfertigen, daß an die Erfolglosigkeit der Versteigerung des Pfandes der Untergang des Pfandrechts geknüpft wird, so wäre es dann doch vollends unbillig und rechtlich grundlos, in einem solchen Falle nachgehende Pfandrechte, für die nicht einmal Betreibung angehoben war, untergehen zu lassen. Es ist klar, daß im Falle einer Verwertung des Unterpfandes im Interesse des Erwerbers eine Liquidation auch der nachfolgenden Pfandrechte stattfinden muss. Wenn aber die Verwertung nicht stattfindet und der Zustand derselbe bleibt, wie er vor der Betreibung war, fehlt jegliches rechtliche Interesse, das es rechtfertigen würde, eine solche Folge eintreten zu lassen. Die rechtliche Stellung des Schuldners zu den nachgehenden Pfandgläubigern würde dadurch ohne ihr Zuthun, wohl auch gegen ihren Willen und oft gegen das Interesse des einen oder andern Teils verändert, trotzdem eine Nötigung hiezu, da ja das Pfand nicht veräussert wird, sondern in der gleichen Hand bleibt, nicht vorliegt. Es würde eine solche Regelung auch unlautere Abmachungen zwischen dem Pfandschuldner und einem Pfandgläubiger zum Schaden der nachfolgenden Pfandgläubiger ermöglichen.

Wenn eingewendet werden will, dies zu ermessen sei Sache des kantonalen Gesetzgebers, so ist hierauf zu erwidern, daß die Anordnung, daß die Pfandrechte des betreibenden und der nachfolgenden Gläubiger im Falle der Erfolglosigkeit der Versteigerung erlöschen, nicht allein dadurch, daß sie einen betreibungsrechtlichen Vorgang zum Ausgangspunkt nimmt, sondern auch in ihren rechtlichen Wirkungen mit dem Zwangsvollstreckungsrechte in Beziehung steht. Dieselbe hätte nämlich zur Folge, daß für die dadurch betroffenen Forderungen der Schuldner, der vorher den Gläubiger auf sein Pfand verweisen konnte und diesbezüglich, solange der Gläubiger nicht auf sein Pfandrecht verzichtete, bloß der Betreibung auf Pfandverwertung unterlag, nunmehr auf Pfändung oder Konkurs betrieben werden könnte. Hiefür sorgt nun aber, soweit es den betreibenden Gläubiger betrifft, das Betreibungsgesetz selbst durch die Bestimmung in Art. 158, Abs. 2, ohne den Umweg des Erlöschens des Pfandrechts zu Hülfe zu nehmen. Hätte es zulassen wollen, daß auch die Gläubiger der nachgehenden Pfandrechte wegen der Erfolglosigkeit der Betreibung nunmehr auf Pfändung oder Konkurs betreiben könnten und daß so gleichsam mit Bezug auf diese Forderungen der Schuldner seinen betreibungsrechtlichen Status verändern würde, so hätte es dies entweder ebenfalls selbst angeordnet oder die Macht, dies zu thun, ausdrücklich den Kantonen eingeräumt, während so, wie die Bestimmung wirklich gefasst ist, angenommen werden muss, es sei der Wille des Bundesgesetzes, daß die nachfolgenden Pfandgläubiger in ihren Betreibungsrechten durch den erfolglosen Versuch, ein vorgehendes Pfandrecht in das Unterpfand zu exequieren, nicht be-

rührt werden sollen. Insofern kann jedenfalls nicht ohne Grund behauptet werden, daß die Vorschrift in § 48, Abs. 1 zweiter Satz, bezw. § 58, Abs. 3 des zürcherischen Einführungsgesetzes bundesrechtswidrig sei.

3. Unter solchen Umständen erscheint es richtig, daß die Vollstreckungsorgane es bei der Weigerung des Rekurrenten, seinen Schuldbrief zur Löschung herauszugeben, bewenden lassen und es den Interessenten, das heißt dem Schuldner, eventuell seinen andern Gläubigern anheimgeben, die Frage, ob das Pfandrecht untergegangen sei, zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Es ist nämlich zu bedenken, daß den Gerichtsbehörden, eventuell dem Bundesgericht, sei es als Berufungsinstanz oder als Staatsgerichtshof, der maßgebende Entscheid über die Frage zukommt, ob die Erfolglosigkeit einer Betreibung für ein vorgehendes Pfandrecht einen Erlöschungsgrund für dasselbe und die nachfolgenden Pfandrechte bilde, bezw. ob die dahingehenden Bestimmungen des zürcherischen Einführungsgesetzes mit eidgenössischem Recht im Widerspruch stehen. Nun ist es aber gewiss vorsichtig und zur Verhütung von Schädigungen angezeigt, wenn die Vollstreckungsbehörden den vorhandenen Rechtszustand, bezüglich dessen es streitig ist, ob er eine Veränderung erlitten habe oder nicht, vorläufig aufrecht erhalten und nicht durch ihr Vorgehen eine Sachlage schaffen, die mit dem Entscheide der kompetenten Behörde über die bestrittene materielle Frage in Gegensatz treten könnte.

(G. Geier. 18. Mai 1900.)

II. Amtssprache.

Ist für Eingaben an deutschschweizerische Betreibungs- oder Konkursämter die italienische Sprache statthaft?

Der Rekurs des H. Pini in Bellinzona, welcher als Schuldner in einem in Zürich anhängigen Konkurse, unter Berufung auf Art. 116 Bundesverf., betr. Gleichstellung der drei Nationalansprachen, verlangte, auf eine briefliche Anfrage des Konkursamtes in italienischer Sprache antworten zu dürfen, hiemit aber vom zürch. Obergericht abgewiesen wurde, (s. diese Blätter Bd. XIX S. 274) ist auch vom Bundesgericht als unbegründet erklärt worden, im Sinne folgender

Erwägungen:

Es handelt sich zur Zeit um bloße brieflich geführte Vorverhandlungen über einen Anspruch, den das Konkursamt Enge namens der Masse B. S. & Cie. an den Rekurrenten erhebt und nicht um gesetzlich vorgeschriebene Verfügungen oder Erlasse des Amtes, bezw. Eingaben eines Dritten. Dafür, in welcher Sprache Vorverhandlungen zu führen seien, kann ein allgemeiner Grundsatz nicht aufgestellt werden; insbesondere kann es nicht darauf ankommen, welches die Amtssprache der betreffenden Stelle sei; vielmehr hängt es von Belieben der Schreibenden ab, welcher Sprache er sich bedienen will, und steht es umgekehrt dem Adressaten frei, Eingaben, die nicht in der ihm geläufigen Sprache abgefaßt sind, unberücksichtigt zu lassen, bezw. in seiner Sprache zu beantworten. Nicht eine bestimmte Regel, sondern das Interesse, in den Verhandlungen zu einem Resultate zu gelangen, wird sonach dafür maßgebend sein, ob ein Amt mit einem in einem andern Sprachgebiet wohnhaften, anders sprechenden Dritten in der Sprache des letzteren korrespondieren und in dieser Sprache abgefaßte Eingaben desselben entgegennehmen wolle.

Was dagegen die eigentlichen amtlichen Verfügungen und Erlasse des Konkursamtes und anderseits die Eingaben betrifft, die von Dritten an ein solches Amt zu richten sind, so ist hiefür die Amtssprache maßgebend. Welches die Amtssprache sei, beantwortet sich aber für die kantonalen Behörden, wozu auch die Konkursämter gehören, nach kantonalem Rechte. Die Anerkennung der deutschen, französischen und italienischen Sprache als Nationalsprachen, wie sie in Art. 116 der Bundesversammlung ausgesprochen ist, macht dieselben noch nicht zu Amtssprachen der kantonalen Behörden, dies hätte zur unannehmbaren Folge, daß alle kantonalen Behörden und Beamten der drei Sprachen

mächtig sein oder daß die Kantone amtliche Übersetzungsstellen errichten müßten, eine Verpflichtung, die aus der Bundesverfassung gewiß nicht hergeleitet werden kann.

(18. Okt. 1900.)

Obergericht des Kts. Zürich.

Appellationskammer.

I. Kauf.

Perfektion von Verträgen. Erfüllung zweiseitiger Verträge des Kridars durch die Konkursmasse. Kompensation mit Forderungen des Gegenkontrahenten an den Kridaren.

Der Beklagte O. Bachmann in Zürich stand mit der Gießerei Aeppli in Rapperswyl seit dem Jahre 1898 in Geschäftsverbindung, woraus Aeppli dem Bachmann schliesslich die Summe von Fr. 393. 50 schuldig wurde. Aeppli bezahlte diese Rechnung nicht, und der Beklagte machte nun, um zu seinem Gelde zu kommen, seinerseits Bestellungen bei Aeppli bis zum Betrage von Fr. 133. 35. Als am 26. Juli 1899 über Aeppli der Konkurs ausbrach, meldete Bachmann seine Forderung an den Gemeinschuldner mit Fr. 393. 50, abzüglich seiner Schuld an Aeppli von Fr. 133. 35 an, im ganzen somit Fr. 260. 15. Nach der Konkurseröffnung teilte die Konkursmasse Aeppli den Kunden des Konkursiten durch Publikation in den öffentlichen Blättern und durch Cirkular mit, daß sie das Geschäft fortführen werde.

Am 24. Juli, zwei Tage vor der Konkurseröffnung, hatte der Beklagte bei Aeppli eine neue Bestellung gemacht, die dann von der Konkursmasse ausgeführt wurde. Hiefür erhielt er eine Faktur von Fr. 624. —, deren Bezahlung nunmehr die Konkursmasse fordert. Der Beklagte anerkannte hieran den Betrag von Fr. 363. 85, dem Rest von Fr. 260. 15 gegenüber verstellte er seine im Konkurs geltend gemachte Forderung im gleichen Betrage zur Kompensation.

Die erste Instanz wies die Klage, so weit sie nicht anerkannt war, ab, die Appellationskammer dagegen hieß sie im vollen Umfange gut und verwarf die Kompensationseinrede des Beklagten.

Gründe:

1. Was zunächst die Frage anbelangt, ob die von der Klägerin geltend gemachte Kaufpreisforderung vor oder nach Ausbruch des Konkurses über Aeppli zur rechtlichen Existenz gelangt sei, so ist dem klägerischen Vertreter darin ohne weiteres beizupflichten, daß auch vom Standpunkt des Art. 5 al. 3 Obl.-R. der effektive Abschluß des Kaufvertrages, aus welchem der eingeklagte Anspruch hergeleitet wird, in die Zeit nach dem Konkursausbruch verlegt werden muß. Denn „die angemessene Frist", innerhalb welcher der vom 24. Juli 1899 datierende Antrag zum Vertrage abzulehnen war, lief jedenfalls über den 26. Juli (Datum der Konkurseröffnung) hinaus. Nun steht das Obligationenrecht aber auf dem Standpunkt, daß die Wirkungen eines durch konkludentes Stillschweigen abgeschlossenen Vertrages auf den Empfang des nicht abgelehnten Antrages zurückzubeziehen seien (Art. 8 al. 2 Obl-R.), der Vertrag m. a. W. als schon in dem genannten Zeitpunkte perfekt geworden fingiert werden müsse. Im vorliegenden Falle handelt es sich in der That um einen durch Nichtablehnung der Bestellung vom 24. Juli zum Abschluß gelangten Kauf, und da die Offerte dem Aeppli unzweifelhaft noch vor Konkursausbruch zugekommen ist, muß die Kaufpreisforderung, trotzdem der Verkäufer erst später gebunden war, von der Zeit vor der Konkurseröffnung datiert werden. Es kann nämlich, wie die erste Instanz mit Recht betont, nach dem Inhalt der Offerte und bei den Geschäftsbeziehungen, die zwischen dem Beklagten und Aeppli bestanden, nicht bezweifelt werden, daß der letztere, wenn er die ihm gemachte Bestellung nicht ausführen wollte, zur ausdrücklichen Ablehnung des Antrages verpflichtet war, und daß der Antragsteller im Falle Stillschweigens die Perfektion des Vertrages annehmen konnte. Es ließe sich höchstens noch die Frage aufwerfen, ob nicht die Frist zur Ablehnung des Antrages erst nach dem

2. August — an welchem Tage die Bestätigung der Bestellung durch die Konkursverwaltung erfolgte — abgelaufen sei, und deshalb ein nicht durch schlüssiges Stillschweigen, sondern durch ausdrückliche Annahme erfolgter Vertragsabschluß vorliege. Indessen fällt der Einwand dahin, weil es sich nicht rechtfertigen würde, die Frist des Art. 5 al. 3 Obl.-R. in concreto soweit auszudehnen. Übrigens ließe sich noch darüber streiten, ob die Fiktion des Art. 8 al. 2 Obl.-R. nicht auch da Platz greife, wo mit Bezug auf einen Antrag, der ausdrücklich abgelehnt werden muß, noch vor Ablauf der Ablehnungsfrist eine ausdrückliche Annahme erfolgt ist.

2. Aus dem Gesagten folgt, daß die Zulässigkeit der vom Beklagten geltend gemachten Kompensationseinrede nicht aus dem Gesichtspunkte des Art. 213 Sch. K. G. negiert werden kann; denn die beiden einander gegenübergestellten Forderungen, auch die eingeklagte Kaufpreisforderung, müssen rechtlich als aus der Zeit vor dem Konkursausbruch herrührend angesehen werden. Dagegen ist zu untersuchen, ob nicht andere Gründe der beklagtischerseits erklärten Kompensation entgegenstanden. Vor den Lieferungen, die seitens der Konkursverwaltung aus der Masse an den Beklagten gemacht wurden, war die Rechtslage die, daß der Kridar dem Beklagten einen gewissen Betrag schuldete und daneben zwischen beiden ein zweiseitiger, noch von keiner Seite erfüllter Vertrag bestand. Auf Erfüllung dieses Vertrages in natura hatte der Gläubiger gegenüber der Konkursmasse kein Recht, vielmehr konnte er höchstens beanspruchen, daß sein Interesse an der Vertragserfüllung in Geld berechnet und die betreffende Interessenforderung unter die Konkurspassiven aufgenommen werde. Dagegen war die Konkursverwaltung ihrerseits berechtigt, die Erfüllung des Vertrages zu erklären (Art. 211 Sch. K. G.), und von diesem Rechte hat sie unbestrittenermaßen Gebrauch gemacht. Es wird sich nun fragen, welchen Einfluß eine derartige Erklärung auf den bestehenden Vertrag ausübe. Von einer eigentlichen Novation des Schuldverhältnisses, wie sie der klägerische Vertreter im Sinne hat, kann allerdings nicht gesprochen werden, da ja die Konkursmasse sich nach der richtigen Auffassung nicht als ein besonderes Rechtssubjekt darstellt, sondern als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten nach wie vor der Gemeinschuldner erscheint. Nichtsdestoweniger wäre es unrichtig, die von der Konkursverwaltung aus der Konkursmasse geleistete Vertragserfüllung genau so zu behandeln, wie eine vom Gemeinschuldner persönlich vorgenommene und deshalb ohne jede Beschränkung die Verrechnung der aus dem zweiseitigen Vertrage resultierenden Schuld des Gegenkontrahenten mit einer dem letztern gegenüber dem Gemeinschuldner zustehenden Gegenforderung zuzulassen. Klar ist, daß die Konkursmasse, wenn sie den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag erfüllt, den Anspruch auf die Gegenleistung nur in dem Umfange geltend machen kann, in dem er an sich noch zu Recht besteht. Hat der Gegenkontrahent also bereits eine Zahlung geleistet, oder hat er seine Schuld ganz oder zum Teil kompensiert, so muß sich die Konkursverwaltung die Reduktion des aus dem Vertrage resultierenden Anspruchs gefallen lassen und kann nicht mehr für die von ihr prästierte Leistung die volle Gegenleistung beanspruchen (vgl. z. B. H. E. Bd. XII pag. 235, Seufferts Archiv Bd. 40, Nr. 83). Dagegen muß man auf der andern Seite davon ausgehen, daß, wenn die Konkursverwaltung die Übernahme des Vertrages erklärt, dadurch nicht nur die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Massaschuld wird (vgl. Art. 52 der deutschen Konkursordnung), sondern umgekehrt auch der Anspruch auf die Gegenleistung in dem Umfange, in dem er noch existent ist, den Charakter einer Massaforderung annimmt, und deshalb von einer Kompensation mit Forderungen an den Kridar nicht mehr die Rede sein kann. Allerdings handelt es sich bei der Übernahme des Vertrages durch die Konkursverwaltung nicht um den Abschluß eines neuen Geschäftes, aber maßgebend ist, daß der Gegenkontrahent, ohne darauf gegenüber der Masse einen Anspruch zu haben, den Leistungsgegenstand aus der letzteren erhalten hat und daher auch das Äquivalent ohne Rücksicht auf die ihm zustehende For-

derung an den Gemeinschuldner zur Konkursmasse leisten muß (vgl. Jäger, Kommentar zum Sch. K. G. Note 5 zu Art. 211 im Gegensatz zu Note 12 bei Art. 213; H. E. Bd. XII, pag. 235; Reichsgerichtliche Entscheidungen Bd. I, pag. 347, Seufferts Archiv Bd. XXXVII Nr. 360). Eine ungebührliche Verletzung der Interessen des Gegenkontrahenten wird durch diese Behandlung der Sache nicht herbeigeführt. Denn wenn der Gläubiger auch sein Kompensationsrecht gegenüber seiner Schuld aus dem zweiseitigen Vertrage verloren hat, so ist ihm dafür die Leistung des Gemeinschuldners voll zugekommen, d. h. er ist infolge der Übernahme des Vertrages durch die Konkursmasse trotz der Nichtzulassung der Kompensation nicht schlechter gestellt, als wenn die Konkursverwaltung, was ihr freistand, den Vertrag nicht erfüllt hätte. Anders verhält es sich freilich, wenn der Gegenkontrahent — vielleicht gerade mit Rücksicht auf die Kompensationsmöglichkeit — einen ihm ungünstigen Vertrag mit dem Gemeinschuldner geschlossen hat, sein Interesse also der Übernahme desselben durch die Konkursmasse (unter Zerstörung seines Kompensationsrechtes) entgegensteht. Man kann die Frage aufwerfen, ob der Dritte sich auch in solchen Fällen schlechthin die Vertragserfüllung durch die Konkursmasse — ohne Wahrung seines Kompensationsrechtes — gefallen lassen müsse. Wenn er das aber thut, d. h. gegenüber der Erklärung der Konkursverwaltung, daß sie den Vertrag übernehme, keine Einwendungen erhebt, sondern vorbehaltlos die Vertragserfüllung annimmt, so kann auch hier in dem Ausschluß einer nachträglich verlangten Verrechnung irgend eine Unbilligkeit nicht gefunden werden.

3. Trifft das Gesagte zu, so ist die klägerische Forderung entgegen dem Entscheide der Vorinstanz im vollen Umfange zu schützen. Aus den Akten ergiebt sich, daß der Beklagte seine Forderung an den Gemeinschuldner Aeppli zunächst einfach zum Konkursinventar angemeldet und gegen die Übernahme des Lieferungsvertrages durch die Konkursverwaltung keine Einsprache erhoben hat, trotzdem ihm gewiß nicht entgangen ist, in welcher Meinung die Erfüllung des Vertrages anerboten wurde. Übrigens liegt auch nicht das Geringste dafür vor, daß der Beklagte, wenn er nunmehr den Kaufpreis der Ware voll zu bezahlen hat, durch die Erfüllung des Vertrages schlechter gestellt worden ist, als wenn die Konkursverwaltung ihn einfach für alle seine Ansprüche als Konkursgläubiger kolloziert hätte. Es darf, da das Gegenteil nicht behauptet worden ist, unbedenklich angenommen werden, daß der Wert der Ware dem Preise derselben zum mindesten gleichgekommen ist. Durch die Vetragserfüllung, d. h. den Bezug der Ware mit der Verpflichtung, dieselbe der Konkursmasse zu bezahlen, ist der Beklagte also nicht geschädigt worden, und für seine Forderung an Aeppli hätte er, auch wenn der Vertrag nicht zur Ausführung gekommen wäre, nur die ihm zukommende Konkursdividende erhalten. (Konkursmasse Aeppli c. Bachmann. 11. Okt. 1900. — U.)

II. Kollektivversicherung.

Rechtliche Folge einer Vertragsverletzung. Aufhebung des Vertrages oder Schadenersatz? Irrtumserregung und Täuschung während der Vertragsdauer. Vertragliche Gleichstellung einer falschen Angabe oder Täuschung bei der Ausführung mit derjenigen bei Eingehung der Vertrages bezüglich ihrer rechtlichen Folgen. (Art. 18 u. 24 Obl.-R. u. § 509 Pr. G. B.) Fahrlässigkeit des Vesicherten, nicht aber die bloß objektive Unrichtigkeit der von ihm gemachten Angaben, genügt, um den Versicherungsvertrag hinfällig zu machen.

1. die Klage stützt sich auf eine sogen. Kollektiv-Versicherung, welche die Klägerin laut Police vom 15. Dezember 1893 mit der Beklagten abgeschlossen hat, und wodurch erstere sich gegen die gesetzliche Haftpflicht versicherte, mit Bezug auf Unfälle, die ihren sämtlichen Arbeitern in ihren Werkstätten, ihrer Sägerei und sonstigen Unternehmungen zustoßen. Die Versicherungsprämie wurde für die Arbeiter der Schreinerei und Zimmerei auf 4,70 % und für diejenigen der Sägerei

auf 7 % der bezahlten Löhne angesetzt. Es steht fest, daß dem bei der Klägerin in Arbeit stehenden Arbeiter Nüssli am 5. Dez. 1898 ein Unfall an der Fräse zugestoßen ist, der eine Verletzung der Finger der rechten Hand zur Folge hatte, und wofür die Klägerin durch rechtskräftig gewordenes Urteil der Appellationskammer vom 3. April d. J. haftpflichtig erklärt worden ist. Die Beklagte weigert sich aber, gemäß dem Versicherungsvertrage der Klägerin für die Folgen dieses Unfalls aufzukommen, indem sie geltend macht, daß der Vertrag infolge unrichtiger Angaben, die ihr die Klägerin über die Lohnverhältnisse ihrer Arbeiter im allgemeinen und über die Art der Beschäftigung des Nüssli im besondern gemacht habe, gemäß Art. 21 der in der Police enthaltenen „allgemeinen Bedingungen" für sie unverbindlich geworden sei.

2. In dieser Beziehung ist zunächst an Hand der Akten folgendes als festgestellt zu betrachten:

Der Arbeiter Nüssli, der am 3. Januar 1898 bei der Klägerin als Handlanger eintrat, wurde nach seiner eigenen Angabe in der persönlichen Befragung in seinem Prozesse gegen die Klägerin, die durch die Aussagen verschiedener Zeugen unterstützt wird, seit dem Frühjahr 1898 bis zum Tage des Unfalls (5. Dez. 1898) den größten Teil der Zeit an der Fräse, also in der Sägerei, beschäftigt; er bezog daher auch vom Mai 1898 an einen höhern Stundenlohn als im Anfange (40 statt 38 Cts.). Trotzdem figuriert derselbe in den von der Klägerin zu Handen der Beklagten geführten Taglohnlisten und dem Arbeitsbuche bis zum Zahltage vom 19. November 1898 als Handlanger; erst auf der Zahltagliste vom 3. Dezember (also unmittelbar vor dem Unfalle!) wurde derselbe auf einmal unter den Maschinenarbeitern aufgeführt. Es ist, obwohl der Zeuge Schurter dies in Abrede stellt, doch sehr fraglich, ob diese Versetzung unter die Maschinenarbeiter nicht erst nachträglich — mit Rücksicht auf den Unfall — erfolgt sei! Aus den Lohnlisten ergiebt sich mit Bezug auf einen andern Arbeiter Koch die gleiche auffallende Thatsache, daß er erst in der dem Unfall (v. 2. April 1898) unmittelbar vorangehenden Zahltagliste (v. 26. März) als Maschinenarbeiter aufgeführt wurde, während er vorher immer als Handlanger figurierte. Überhaupt ist es auffallend, daß die Zahl der Maschinenarbeiter, die im Jahr 1897/98 durchschnittlich 14 betragen hatte, vom April 1898 an plötzlich auf 5—6 zurückgegangen ist.

3. Mit Bezug auf die den Arbeitern ausbezahlten Löhne, die der Prämienberechnung zu Grunde gelegt wurden, ergeben sich aus den vorgelegten Büchern und Lohnlisten gleichfalls sehr erhebliche Differenzen zwischen den effektiv bezahlten und den der Beklagten zur Kenntnis gebrachten Beträgen.

Nach den vier Quartalabschlüssen des Jahres 1898 zusammen beträgt die Differenz zwischen den ausbezahlten und den angemeldeten Löhnen (Fr. 36,849 und 32,086) ca. 4800 Fr. (also ca. 13 % der erstern), wovon auf das 3. Quartal (1. Juli bis 30. Sept.) allein eine Differenz von über 3000 Fr. (Fr. 10,837 bezahlte gegenüber Fr. 7630 angemeldeten Löhnen) entfällt, die unmöglich auf bloßem Versehen oder Ungenauigkeit beruhen kann. Eine ähnliche Differenz ergiebt sich nach dem Verhältnis der wirklichen zu den angemeldeten Arbeitstagen (8417 zu 7421), wobei ebenfalls das 3. Quartal den größten Fehlbetrag (ca. 700 Tage) aufweist. Für das erste Quartal ist ferner die Thatsache zu konstatieren, daß von den an die Maschinenarbeiter verausgabten Lohnbeträgen ohne ersichtlichen Grund nachträglich rund 2000 Fr. abgeschrieben und dem Konto der übrigen Arbeiter (Zimmerleute, Schreiner und Handlanger), für die eine niedrigere Prämie bezahlt wird, zugeschrieben wurde. Endlich muß von der Klägerin selber zugegeben werden, daß der Vorarbeiter Schurter mit einem Monatslohn von Fr. 200 in den Zahltagslisten vom Jahr 1898 nicht aufgeführt worden ist, obschon auch für ihn am 23. Februar 1899 ein Unfall angemeldet wurde.

4. Aus diesen Feststellungen ergiebt sich, daß die Klägerin der ihr in Art. 15 der Police-Bestimmungen auferlegten Pflicht, der Gesellschaft am Ende eines jeden Quartals eine Aufstellung über die Gesamtzahl der Arbeitstage und den Gesamtbetrag der be-

zahlten Arbeitslöhne vorzulegen, jedenfalls in sehr mangelhafter Weise nachgekommen ist, bezw. daß die von ihr gemachten Angaben zu einem erheblichen Teil unrichtig und der Wirklichkeit nicht entsprechend waren. Es fragt sich daher, was die rechtliche Folge dieser Vertragsverletzung sei, speciell ob die Beklagte aus diesem Grunde berechtigt sei, den abgeschlossenen Versicherungsvertrag für sich als unverbindlich zu erklären und deshalb ihre Haftbarkeit für den eingetretenen Unfall abzulehnen.

5. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt eine Vertragsverletzung bezw. eine mangelhafte Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den einen Kontrahenten den Gegenkontrahenten nicht ohne weiteres zur Aufhebung des Vertrages, sondern es kann der letztere deshalb nur Schadenersatz bezw. Nachholung der Erfüllung verlangen, und (sofern nicht ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 123 Obl.-R. vorliegt) dem säumigen Teil eine Frist zur nachträglichen Erfüllung, mit der Androhung des Rücktrittes ansetzen oder ansetzen lassen.

Besteht die Vertragsverletzung in unwahren Angaben des einen Kontrahenten, so übt dies auf die Gültigkeit des Vertrages nur dann einen Einfluß aus, wenn dieselben bei Abschluß des Vertrages gemacht wurden und für diesen selbst von Erheblichkeit waren (also im Falle des wesentlichen Irrtums oder Betruges. Art. 18 und 24 Obl.-R., vgl. auch § 509 Pr. G. B. spez. bez. des Versicherungsvertrages). Im vorliegenden Falle hat man es aber nicht mit einer solchen Irrtumserregung oder Täuschung bei Eingehung des Vertrages zu thun, sondern es ist dieselbe erst nachher bei dessen Ausführung erfolgt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen könnte dieselbe also nicht zur Folge haben, daß die Beklagte ihre vertragliche Haftung einfach abzulehnen berechtigt wäre, sondern es hätte dieselbe nur das Recht, die Nachzahlung der ihr infolge der falschen Angaben zu wenig bezahlten Prämienbeträge zu verlangen und ihre eigene Vertragsleistung bis dahin zurückzuhalten.

6. Nun bestimmt aber Art. 21 der Versicherungsbedingungen, daß „jede Verschweigung, jede falsche Angabe seitens der Versicherungsnehmer, sei es im Augenblicke der Unterzeichnung der Police, sei es während ihrer Dauer, die Gesellschaft vollständig von ihrer Garantie gegenüber dem Versicherungsnehmer entlaste, insofern diese Verschweigung oder falsche Angabe zur Folge gehabt:

1. Die Höhe der Prämie für die Gefährlichkeit der Arbeiten, die Anzahl der beschäftigten Personen, oder den Durchschnitt ihrer Löhne per Arbeitstag zu verringern,

2. die Ursache und die Beschaffenheit der Unfälle zu verändern,

3. die von dem Verunglückten verdienten Löhne bei Gelegenheit der Reglierung der Entschädigung hinaufzutreiben,

4. die Gesellschaft in Bezug auf die Anzahl der geleisteten Arbeitstage oder den Betrag der bezahlten Löhne zu täuschen."

Durch diese Vertragsbestimmung ist eine falsche Angabe oder Täuschung bei Ausführung des Vertrages, sofern sie sich auf bestimmte erhebliche Vertragsverhältnisse bezieht, derjenigen bei Eingehung des Vertrages bezüglich ihrer rechtlichen Folgen vollständig gleichgestellt. Daß eine derartige vertragliche Bestimmung, nach den den Versicherungsvertrag beherrschenden Grundsätzen von Treue und Glauben, rechtlich zulässig sei, ist nicht in Zweifel zu ziehen; denn es liegt auf der Hand, daß der Versicherer ein erhebliches und gerechtfertigtes Interesse daran hat, daß ihm von Seiten des Versicherten die Faktoren, von denen die Prämienberechnung und die Größe der übernommenen Gefahr abhängig sind, richtig angegeben werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber gerade um solche unrichtige Angaben, welche bewirkten, daß „die Gesellschaft in Bezug auf die Anzahl der geleisteten Arbeitstage und den Betrag der bezahlten Löhne" getäuscht wurde (Z. 4 v. Art. 21 der Policebedingungen).

7. Es kann sich daher nur fragen, ob jedes Verschweigen und jede unrichtige Angabe, die vom Versicherten bezüglich der in Art. 21 der Police genannten Verhältnisse gemacht wird, also auch die bloß objektiv unrichtige, genüge, um die beklagte Gesellschaft von

ihrer Haftbarkeit zu befreien, oder ob hiefür nicht ein gewisses Maß von Verschulden (Arglist oder Fahrlässigkeit) auf Seite des Versicherten erforderlich sei. Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid vom 12. Nov. 1897 (i. S. Groß c. Schweizerische Unfallversicherungs-Gesellschaft in Winterthur, A. S. Bd. 23, S. 1767) der in Deutschland herrschenden Ansicht über die Verletzung der Anzeigepflicht angeschlossen, wonach die bloße Farlässigkeit des Versicherten (nicht aber die bloß objektive Unrichtigkeit der von ihm gemachten Angaben) genügt, um eine solche Verletzung anzunehmen und den Versicherungsvertrag hinfällig zu machen. Dieser Ansicht ist auch mit Bezug auf den vorliegenden Fall beizupflichten, wenngleich eine neuere Strömung im Versicherungsrechte dahin geht, bloß an die wissentliche Verletzung der Anzeigepflicht die Straffolge der Vertragsaufhebung zu knüpfen (vgl. Rölli, Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungs-Vertrag von 1896 Art. 9 und Referat für den schweizerischen Juristenverein 1899, Zeitschrift für schweiz. Recht n. F. Bd. 18, S. 574 ff.).

Allerdings könnte der Wortlaut des Art. 21 der Policebedingungen, der von Verschweigen und falscher Angabe spricht, sehr wohl auch im letztern Sinne verstanden werden. Allein, wie das Bundesgericht in dem angeführten Falle hervorgehoben hat, erfordert es der dem Versicherungsvertrag in besonderm Grade innewohnende Grundsatz der gegenseitigen Treue, daß der Versicherte bei seinen Angaben die notwendige Sorgfalt und Aufmerksamkeit anwende, und daß er sich nicht auf eine Verletzung dieser Pflicht zu seinem Vorteil resp. seiner Entlastung berufen könne. — Dies ist wohl auch der Standpunkt des Pr. G. B. § 509, Abs. 2 —.

8. Fragt es sich sonach, ob der Klägerin mit Bezug auf die nach dem bereits Ausgeführten von ihr gemachten (objektiv) unrichtigen Angaben und Verschweigungen ein Verschulden zur Last falle, so muß dies auf Grund der erfolgten Feststellungen zweifellos bejaht werden. Die Klägerin bezw. deren geschäftsführender Anteilhaber kann sich mit Grund nicht darauf berufen, daß die für die Beklagte bestimmten Lohnlisten etc. von ihren Angestellten ausgefertigt und von ihm nicht mehr auf ihre Übereinstimmung mit den Arbeitsbüchern geprüft worden seien. Sie hatte vielmehr gegenüber der Beklagten die Pflicht, diese Prüfung selber vorzunehmen, bezw. ihre Angestellten bei dieser Arbeit zu überwachen, und sie haftet daher gemäß Art. 115 Obl.-R. auch für das Verschulden der letztern. Es ist übrigens auch ganz undenkbar, daß der Leiter und Hauptinhaber der klägerischen Firma von diesen Unrichtigkeiten gar keine Kenntnis gehabt habe, die bei der oberflächlichsten Prüfung und Vergleichung der Lohnlisten mit den Arbeitsbüchern zu Tage treten mußten; viel näher liegt in der That die Annahme, daß die fraglichen unrichtigen Angaben zu Ungunsten der Beklagten auf seine Veranlassung und mit seinem Wissen und Willen erfolgt seien, obgleich es nach dem oben (Erw. 7) Gesagten nicht notwendig ist, dies festzustellen, um zur Abweisung der Klage zu gelangen. (9. Okt. 1900 i. S. Unfallversicherungsgesellschaft La Préservatrice c. Liggenstorfer & Cie. — U.)

III. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb (Nachklage).

Voraussetzungen der Nachklage nach Art. 8 B.-G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881.

Der Kläger Capitani, geb. 1850, war als Gießerhandlanger mit einem Taglohn von Fr. 4 bei der Maschinenfabrik Oerlikon angestellt. Am 12. Jan. 1898 erlitt er einen Unfall, indem ihm ein Modellkasten auf den rechten Fuß fiel, was eine Quetschung des letzeren zur Folge hatte. Capitani belangte hierauf die Fabrik vor dem Bez.-Ger. Zürich auf Zahlung von Fr. 3000 nebst Zins aus Haftpflicht. Das Gericht ordnete zunächst eine Expertise an über die Frage, welche Nachteile dem Kläger durch den Unfall in Bezug auf seine Erwerbsfähigkeit entstanden seien, und speziell darüber, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Kläger bei der Behauptung von Schmerzempfindungen simuliere. Der Experte, ein Chirurg, kam zu dem Schluße, der Klä-

ger habe allerdings durch den Unfall eine temporäre Einbuße seiner Erwerbsfähigkeit erlitten; diese werde sich aber mit grösster Wahrscheinlichkeit successive verringern und übersteige zurzeit (16. November 1898) nicht 10 %. Mit aller Wahrscheinlichkeit sei zu erwarten, daß mit Verfluß eines halben Jahres die völlige Erwerbsfähigkeit wieder eingetreten sein werde. Im übrigen weisen mancherlei Anhaltspunkte darauf hin, daß der Kläger zwar wohl nicht direkt simuliere, daß er aber seine Beschwerden übertrieben darstelle. Als einziges Residuum der Quetschung konstatierte der Experte eine geringfügige Verdickung des inneren Sesambeines des rechten Fußes und der Umgebung des erstern, und hierin allein fand er auch die Ursache der vorübergehenden Reduktion der Erwerbsfähigkeit des Klägers. Das Privatgutachten eines andern Chirurgen, das schon im August des gleichen Jahres erhoben worden war, hatte überhaupt keine objektiven Veränderungen des Fußes konstatieren können, welche die Schmerzen Capitanis erklärt hätten.

Gestützt auf den Befund des vorerwähnten gerichtlichen Experten nahm das Bezirksgericht in seinem Urteil vom 13. Jan. 1899 an, die Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Capitani dauere bis Mitte Mai des gleichen Jahres und betrage 10 %, was abzüglich der vom Verletzten bereits bezogenen Gelder Fr. 40 ausmachte. Das Begehren Capitanis um Aufnahme des Vorbehaltes der Nachklage im Sinne des Art. 8 B.-G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb wies das Gericht ab. Dasselbe wurde jedoch von der Appellationskammer, vor welche das Urteil bezüglich dieses Punktes gezogen wurde, geschützt. (Urt. v. 27. Mai 1899).

Schon am 31. Mai gleichen Jahres leitete der Kläger neuerdings Klage gegen die Beklagte ein und zwar auf Zahlung von Fr. 4000 nebst Zins. Dabei stützte er sich in erster Linie darauf, daß eine nochmalige Untersuchung durch einen andern Arzt das Vorhandensein einer schweren, dauernden Schädigung des Nervensystems des verletzten Fußes ergeben habe; eventuell gehe schon aus dem von der Appellationskammer bei dem gerichtlichen Experten erhobenen Nachtragsgutachten hervor, daß die Dauer der vorübergehenden Verminderung der Arbeitsfähigkeit eine längere sein werde, als anfänglich angenommen worden. Das Bezirksgericht verwarf den ersteren Standpunkt, schützte dagegen den zweiten und hieß die neue Klage im Betrage von Fr. 300 gut. Dabei ging es von folgenden Erwägungen aus: Die Klage sei nur in soweit zulässig, als sie sich als Nachklage im technischen Sinn, d. h. im Sinne von Art. 8 des B.-G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb charakterisiere. Nach diesem Artikel müsse das Fundament einer solchen Klage entweder die Thatsache bilden, daß der Verletzte nach der Urteilsfällung im frühern Prozeß gestorben, oder doch eine wesentliche Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes eingetreten sei. Zweck dieser Nachklage sei lediglich, das frühere Urteil in so weit zu korrigieren, als es z. Zt. von dessen Ausfällung dem Richter unmöglich gewesen sei, die Folgen des Unfalls klar zu ermessen (Handelsr. Entsch. Bd. X, S. 139). Unter wesentlicher Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten im Sinne von Art. 8 cit. sei eine solche zu verstehen, die sich „als eine bei Erlaß des erstinstanzlichen Urteils nicht vorausgesehene (richtiger: nicht voraussehbare) Folge der erlittenen Verletzung darstelle". (Handelsr. Entsch. Bd. XIII, S. 144). Wortlaut und ratio dieser Bestimmung gehen zweifellos dahin, die Nachklage nur dann zuzulassen, wenn die betr. Folgen z. Zt. der Fällung des frühern Urteils objektiv nicht voraussehbar waren, nicht aber dann, wenn sie damals bereits zu Tage getreten waren, aber aus subjektiven Gründen z. B. Irrtum des Experten, nicht konstatiert wurden. In letzterem Fall liege ja keine Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten vor; derselbe sei lediglich anfänglich nicht richtig erkannt worden. Von der Praxis werde in extensiver Auslegung der cit. Bestimmung eine wesentliche Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten stets angenommen, wenn die Folgen des Unfalles länger dauern, als ursprünglich vorausgesetzt worden sei, dies selbst dann, wenn diese Folgen ihrer Inten-

sität nach nicht so erheblich seien, wie während der Zeit, für welche der Richter im ersten Urteil die Entschädigung ausgemessen habe. (Handelsr. Entsch. Bd. X, S. 138 f. u. 282). Aus diesen Erwägungen ergebe sich die Unzulässigkeit des kläg. Prinzipalbegehrens. Das Fundament desselben bilde nämlich nicht die Behauptung, die Krankheit des Capitani habe sich seit der Urteilsfällung bezüglich Intensität oder Dauer verschlimmert, sondern diejenige, das erste Urteil sei materiell unrichtig, weil auf einem unrichtigen Gutachten beruhend, welches die Hauptfolge des Unfalles, die Neurose, nicht erkannt habe. Ein solcher Thatbestand könne unter Umständen für ein Revisionsbegehren in Frage kommen, nicht aber für eine Nachklage. Als solche qualifiziere sich dagegen das Eventualbegehren und soweit die Dauer der Krankheit, welche dem früheren Urteil zu Grunde gelegen habe, daher in Wirklichkeit eine längere sei, als man damals angenommen habe, müsse die Klage geschützt werden.

Gegen diesen Entscheid ergriff der Kläger abermals die Berufung, die Gutheißung der Klage beantragend. Die Appellationskammer des Obergerichtes ordnete zunächst eine erneute Expertise über den derzeitigen Zustand des Klägers an, sowie über die Frage des Zusammenhanges allfällig bestehender Beschwerden mit dem Vorfall vom 12. Jan. 1898. Als Experte wurde ein Spezialist für Nervenkrankheiten bestellt. Derselbe konstatierte nach eingehender Untersuchung des Klägers, abgesehen von zum Teil früher schon nachgewiesenen, unwesentlichen anatomischen Veränderungen des rechten Fußes folgende hauptsächlich das Nervensystem betreffende, objektiv feststellbare Krankheitszeichen:

1. Abstumpfung der Schmerzempfindung an der Haut der rechten Körperhälfte bis zur Mittellinie des Körpers sich erstreckend und ganz besonders des rechten Fußes (Hemianaesthesie), verbunden mit Druckempfindlichkeit in der Gegend des Großzehenballens.

2. Herabsetzung des Sohlenreflexes auf der empfindungsstumpfen (rechten) Seite, Verstärkung auf der linken.

3. Herabsetzung des Patellarreflexes (Sehnenreflex) auf der rechten, Steigerung desselben auf der linken Seite.

4. Aufquellung des rechten Fußes zumal nach längerm Gehen, übermäßige Schweißabsonderung im rechten Bein; Fehlen dieser Erscheinungen auf der linken Seite.

Gestützt hierauf in Verbindung mit den vom Kläger geäußerten subjektiven Beschwerden kommt der Experte zunächst zu dem Schluß, der Kläger leide z. Zt. an traumatischer Hysterie (Hysterie mit Hemianaesthesie). Weiter folgerte er aber daraus, daß Kläger früher gesund war, daß Symptome wie die angeführten nicht selten sich im Anschluß an mechanischen Schädigungen eines Gliedes einstellen, weiter daraus, daß von den früheren chirurgischen Experten eine Prüfung der nervösen Funktionen mit Rücksicht auf Sensibilität und Reflexe offenbar nicht vorgenommen wurde, und ihnen daher die Hemianaesthesie und die andern objektiven nervösen Erscheinungen entgangen seien, sowie daraus, daß der Kläger die subjektiven Beschwerden schon bald nach dem Unfall in ähnlicher Weise wie jetzt noch vorgebracht habe, „daß die sämtlichen nervösen Störungen Capitanis in direktem Zusammenhang mit dem am 12. Jan. 1898 erlittenen Unfall stehen".

Im weitern stellte der Experte fest, daß die Mehrzahl der an traumat. Hysterie erkrankten Individuen ihre Wiederherstellung — wenn auch oft erst nach Jahren — wiedererlangen, daß aber immerhin eine dauernd gleichmäßige Störung des Nervensystems oder gar eine Verschlimmerung des derzeitigen Zustandes des Klägers nicht ausgeschlossen sei. Vermutlich bleibe derselbe für ähnliche Erkrankungen prädisponiert. Gegenwärtig sei die Minderung der Arbeitsfähigkeit auf ca. 33 % zu veranschlagen.

Gestützt auf dieses Gutachten setzte die Appellationskammer die dem Kläger zu zahlende Entschädigung auf Fr. 2000 fest incl. die früher gesprochenen Fr. 40.

Gründe:

1. Die erste Instanz ist davon ausgegangen, daß der prinzipale Standpunkt des Klägers nicht geschützt werden könne, weil es sich bei demselben nicht um die Be-

hauptung einer seit der Urteilsfällung eingetretenen Verschlimmerung der Unfallsfolgen, sondern lediglich um die Anfechtung der im früheren Prozesse abgegebenen Gutachten handle. Dieser Auffassung kann indessen nicht beigetreten werden. Wenn der Richter, wie das hier der Fall war, bei der frühern Urteilsfällung festzustellen hatte, inwieweit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten zufolge des Unfalls in Zukunft werde beeinträchtigt werden, so liegt eine Verschlimmerung im Sinne von Art. 8 des Haftpflichtgesetzes stets dann vor, wenn sich zeigt, daß die Reduktion der Arbeitsfähigkeit des Betreffenden in Wirklichkeit größer gewesen ist, als das Gericht seinerzeit annahm. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die der Urteilsfällung zu Grunde liegende Annahme hinsichtlich der Unfallsfolgen auf einer sorgfältigen oder unsorgfältigen ärztlichen Expertise beruhte, m. a. W. ob es möglich gewesen wäre, die für die Zukunft resultierenden Unfallsfolgen schon im früheren Prozesse richtig zu bestimmen. Entscheidend ist vielmehr, daß der Richter selbst die betreffende Annahme durch Zulassung des Rektifikationsvorbehalts als noch nicht definitiv feststehend erklärt hat. Ist das geschehen, so genügt es zur Gutheißung der Nachklage, wenn die Unrichtigkeit jener Annahme im neuen Prozesse nachgewiesen wird.

2. Im vorliegenden Falle lag dem — zweitinstanzlich durch Aufnahme des Rektifikationsvorbehalts ergänzten — bezirksgerichtlichen Urteile vom 13. Jan. 1899 die thatsächliche Feststellung zu Grunde, daß der Kläger infolge des Unfalls noch für die Zeit von 4 Monaten (bis Mitte Mai 1899) um 10% in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt, dann aber vollständig geheilt sein werde. Die Unrichtigkeit dieser Annahme ist nun aber durch das im gegenwärtigen Prozesse durch die Appellationskammer eingezogene Gutachten — auf das in jeder Hinsicht abgestellt werden kann — klar nachgewiesen. Einmal hat sich ergeben, daß der Grad der Arbeitsbeeinträchtigung wesentlich höher gewesen ist als im früheren Prozesse angenommen wurde. Sodann aber hat sich auch die Prognose hinsichtlich der Dauer des klägerischen Leidens, die zu günstig ausfiel, weil die Natur der Krankheit nicht genau erkannt wurde, keineswegs bewahrheitet. Vielmehr ist der Kläger nach dem neuen ärztlichen Gutachten auch gegenwärtig noch erheblich in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Unter diesen Umständen kann nicht bezweifelt werden, daß das bezirksgerichtliche Urteil vom 13. Jan. 1899 rektifiziert werden muß und dem Kläger für die Zeit seit Erlaß dieses Urteils eine größere Entschädigung als die ihm seinerzeit gesprochene zuzuerkennen ist. Die Höhe derselben ist allerdings auch gegenwärtig noch schwer zu bestimmen, da die Möglichkeit einer gänzlichen Heilung auch nach dem neuen Gutachten zuzulassen ist, eine irgendwie bestimmte Prognose hinsichtlich des Krankheitsverlaufs aber nicht gestellt werden kann. Bei dieser Unsicherheit und in Berücksichtigung des weiteren Umstandes, daß bei dem Kläger auch nach vollständiger Heilung eine Disposition zur neuen Erkrankung zurückbleiben wird, erscheint es als gerechtfertigt, mit dem Experten die Reduktion der Erwerbsfähigkeit als eine dauernde zu behandeln, dafür aber einen geringeren Grad derselben als der zur Zeit vorhandenen der Rechnung zu Grunde zu legen. (Folgen weitere Erörterungen über Bemessung des Quantitativs.)

(Capitani c. Maschinenfabrik Oerlikon. 4. Okt. 1900 — U.)

IV. Retentionsrecht.

Das Retentionsrecht des Vermieters erstreckt sich nicht auf die Uergütung für das von dem Mieter verbrauchte Wasser.

A. Haug-Müller vermietete unterm 21. November 1898 an J. Lichtenauer eine Wohnung im Hause Hohlstraße 25, Zürich III, zu einem jährlichen Mietzins von Fr. 1400. Dabei war bestimmt, daß der Mieter den Zins für das Wasser, welches er verbrauche, selbst zu zahlen, bezw. dem Vermieter zu ersetzen habe und zwar à raison von 12 Rp. per m^3. Der Mieter Lichtenauer kam dann in Konkurs und es machte Haug Fr.

813. 28 Rp. Mietzins geltend, darunter Fr. 320. 88 Rp. für „Wasserzins“ und beanpruchte für die ganze Forderung das Retentionsrecht. Die Konkursmasse bestritt dasselbe für den Wasserzins; der Einzelrichter hieß es jedoch gut.

Die Appellationskammer hat den gegen diesen Entscheid gerichteten Rekurs für begründet erklärt und den Retentionsanspruch für den Wasserzins verworfen.

Gründe:

1. Die Rekurrentin macht geltend, die Entschädigung für Abgabe von Wasser sei rechtlich nicht als Mietzins, sondern als Kaufpreis zu bezeichnen, da es sich nicht um eine Miete von Wasser, sondern um den Kauf von solchem handle, wofür ein Retentionsrecht nicht bestehe, und in der That hängt die Entscheidung der vorwürfigen Frage davon ab, ob das Wasser Gegenstand einer Miete sein könne, oder nicht. Art. 274 Obl.-R. bestimmt, durch den Mietvertrag verpflichte sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen, also können als Mietobjekte nicht in Frage kommen alle diejenigen Sachen, beweglichen, oder unbeweglichen, die durch den Gebrauch zugleich verbraucht werden und bei denen eine Restitution nicht mehr möglich ist. Dies trifft nun zu bei den sogenannten Konsumptibilien, unter die auch das Wasser zu zählen ist. Allerdings spricht der Mietvertrag von einem „Zins“ für das Wasser, das der Mieter verbrauche, allein abgesehen davon, daß dieser Ausdruck viel allgemeiner und unbestimmter ist, als der zur Bezeichnung des Wasserzinses nirgends gebrauchte Ausdruck „Mietzins“, käme hierauf auch gar nichts an, da der Richter bei der Prüfung der rechtlichen Natur eines Vertragsverhältnisses nicht an den Namen gebunden ist, den die Parteien dem Rechtsverhältnis gegeben haben. Die Entschädigung für den Gebrauch der dem Vermieter gehörigen Wasserleitungseinrichtungen aber ist in dem Mietzins für die Wohnung inbegriffen, was sich schon daraus ergiebt, daß der Wasserzins gemäß dem Vertrage in erster Linie nicht dem Vermieter zu bezahlen ist, sondern der Stadt und vom Mieter dem Vermieter nur ersetzt werden muß, weil er der Stadt dafür aufzukommen hatte.

2. Auch eine irreguläre Miete liegt nicht vor, da ja überhaupt kein Wasser zurückzugeben ist. Dagegen hätte es sich einzig fragen können, ob der Wasserzins als ein Teil des Mietzinses zu betrachten sei, das über die Räumlichkeiten geschlossene Mietzinsverhältnis sich also auch auf die Verfügung über das Wasser erstrecke. Indessen wäre auch diese Annahme zu verwerfen.

3. Ein Retentionsrecht auf Grund von Art. 224 Oblig.-R. kann auch nicht in Frage kommen, auch nicht an Behältern, in die ein Teil des Wassers geleitet wird, wie z. B. Fischkasten und an den darin befindlichen Fischen, denn das allgemeine Retentionsrecht der letztgenannten Gesetzesstelle setzt die Verfügungsgewalt, d. h. den faktischen Besitz der zu retinierenden Sache durch den Gläubiger voraus. Dieses Requisit ist hier nicht vorhanden.

Das Kassationsgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde im wesentlichen mit vorstehender Begründung abgewiesen.

(Haug c. Lichtenauer 1. Sept. 1900. — B).

V. Expropriation.

Unfreiwilligkeitszuschlag. Ist der Anspruch auf einen Unfreiwilligkeitszuschlag im Sinne des § 13 des zürch. Expropriationsgesetzes in den Fällen ausgeschlossen, wo die Expropriation auf Grund des städtischen Baugesetzes erfolgt? Verneinung dieser Frage.

In einem Expropriationsprozesse zwischen der Stadt Zürich und einem Grundbesitzer, dessen zu expropriierende Liegenschaft auf städtischem Gebiete lag, machte die Expropriantin geltend, daß das Begehren um Gewährung eines Unfreiwilligkeitszuschlages deshalb zu verwerfen sei, weil das städtische Baugesetz einen solchen Anspruch überhaupt nicht zulasse. Die Appellationskammer hat diese Einrede verworfen.

Gründe:

Die Frage, ob auch für Expropriationen auf Grund des städtischen Baugesetzes ein Unfreiwilligkeitszuschlag (Ges. b. d. Abtretg. von Privatr. § 13) gemacht werden dürfe, ist in Übereinstimmung mit der bisher konstant befolgten Praxis (Rech. Ber. 1896, Nr. 9) zu bejahen. Die Entwürfe zum Baugesetze stellen lediglich das Prinzip in ganz allgemeiner Form auf, daß Private, welche „Grundeigentum zu einer Straße abzutreten haben, nach dem Werte desselben zu entschädigen" seien. Eine nähere Ausführung des Grundsatzes findet sich nicht, und da auch in den Übergangsbestimmungen von einer Aufhebung der bezüglichen Partien des Expropriationsgesetzes nicht die Rede ist, muß angenommen werden, daß die Bestimmungen des letztern als Ergänzung des im Baugesetz lediglich in Kürze wiederholten Hauptgrundsatzes betrachtet wurden. Daraufhin deutet auch der Passus in der Weisung der kantonsrätlichen Kommission vom 22. Januar 1892, daß die Entschädigung an Private für Abtretung von Land etc. „im allgemeinen nach Maßgabe der Bestimmungen des Expropriationsgesetzes geschehen", eine Bemerkung, die sich nach dem Zusammenhange sowohl auf das Quartierplanverfahren, als auf Straßenexpropriation bezieht. Im Gesetze selbst (§ 30) ist nun allerdings der erwähnte Grundsatz in etwas erweiterter Form wiedergegeben („Private ... haben Anspruch auf vollen Ersatz des Wertes"), allein nichts spricht dafür, daß damit für die Gebiete des Baugesetzes etwas anderes hätte stipuliert werden wollen als für den übrigen Teil des Kantons. Eine innere Begründung für eine solche verschiedene Behandlung wäre nicht zu finden; auch enthalten die Übergangsbestimmungen des Gesetzes keine Anhaltspunkte hiefür, währenddem dies sicherlich der Fall wäre, wenn der Gesetzgeber eine solch' wesentliche Abweichung von den Grundsätzen des Expropriationsgesetzes hätte durchführen wollen. Die Zusprechung eines Unfreiwilligkeitszuschlages läßt sich übrigens auch auf Grundlage des Gesetzestextes allein rechtfertigen, sofern davon ausgegangen wird, daß dem Expropriaten der individuelle Wert des enteigneten Grundstückes zugesprochen werden müsse (vgl. Urteil d. Reichsgerichts vom 2. XII. 1893), indem bei Berechnung desselben dann sicherlich auch das Moment der Unfreiwilligkeit im Sinne der zürcher. Praxis (Handelsr. Entsch. XVII, 51) berücksichtigt werden muß.

(Stadt Zürich c. William, 15. XII. 1900. — U.)

Korrektur: In Bd. XIX, S. 321, 1. Kol. Zeile 5 von unten, soll es statt „kejne Handelssache" heissen: eine Handelssache.

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.

Tableau des Schweizerischen Bundesrates
1901.
Mit Metallstäben.
Preis 1 Franken.
Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Februar 1901. XX. Band. No. 2.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — Verlag: **Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des schweiz. Bundesgerichtes betr. Versicherungsvertrag. II. Entscheidungen der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Versicherungsvertrag, b) Unterstützungspflicht des Ehemannes, c) Vindikation, d) Nachlassvertrag.

Schweizerisches Bundesgericht.

25. Mai 1900.

Strickler c. Garantie Fédérale.

Versicherungsvertrag.

Versicherung von Tieren. Die Frage der Entschädigungspflicht bei Unfällen, die „von Ertrinken herrühren".

Der Kläger Strickler hatte laut Vertrag vom 1. März 1892 seine Pferde bei der Beklagten, der Garantie fédérale, einer auf Gegenseitigkeit gegründeten Vieh- und Pferdeversicherungsgesellschaft nach Maßgabe der Polizebestimmungen versichert. Laut § 8 dieser Bestimmungen sind die Schäden, gegen welche die Gesellschaft versichert, folgende:

a) Die durch Krankheit oder Unfall vorgekommenen Todesfälle, deren Ursache eine zufällige und unfreiwillige ist.

b) Das Abschlachten der Tiere auf Anordnung der Behörden, eines Tierarztes oder der Direktion, welches aus der Natur oder Gefährlichkeit der vorgekommenen Krankheiten oder Unfälle geboten ist, die in nachfolgendem Art. 10 aufgeführten Fälle ausgenommen.

In Art. 10 ist gesagt, die Gesellschaft leiste keine Garantie für diejenigen Schadensfälle, welche herrühren: 1. von Krieg oder Aufruhr; 2. von Feuersbrunst, Blitzschlag außerhalb der Gebäude jedoch ausgenommen; 3. von einer Überschwemmung oder von Ertrinken, bei letzterem jedoch die Fälle ausgenommen, wenn die Tiere an kleinen Bächen oder an einem regelrechten Tränkeplatz getränkt werden.

Am 14. Oktober 1898 fuhr ein Knecht des Klägers mit zwei der versicherten Pferde auf das Auffüllungsgebiet am südlichen Ende des Seequais in der Enge bei Zürich. Als sich das Fuhrwerk auf diesem Platze befand, rutschte das Terrain in den See hinein, die beiden Pferde versanken samt dem Wagen und kamen um. Der Kläger belangte die Beklagte auf Bezahlung der Versicherungssumme. Diese bestritt ihre Zahlungspflicht, indem sie neben andern, heute nicht mehr festgehaltenen Einwendungen, geltend machte, der Tod der beiden Pferde sei erfolgt durch Ertrinken; es handle sich somit um eine Todesart, die nach Art. 10 der Polize von der Versicherung ausgeschlossen sei. Die erste Instanz hat die Klage, gestützt auf diese Vertragsbestimmung, abgewiesen, die zweite Instanz hat sie dagegen (unter Abzug eines laut den Statuten der Beklagten

zu Lasten des Versicherungsnehmers entfallenden Betrages von 20 % der Versicherungssumme) gutgeheißen, indem sie davon ausging, die Versicherung erstrecke sich auf alle Fälle, in denen aus einer Situation, in welcher normaler Weise von einer Ertrinkensgefahr nicht die Rede sein könne, ein Unglücksfall entstehe, auch wenn der Tod schließlich durch Ertrinken erfolge; ein solcher Fall liege aber hier vor, da der Tod der Pferde dadurch verursacht worden sei, daß das Terrain, auf welchem diese sich befanden, plötzlich in Rutschung geriet und versank, so daß also der eigentliche Unfall, die primäre Ursache des Unglücks, die Terrainrutschung sei, wenn auch der Tod der Tiere dann durch Ersticken in dem Schlamm und Wasser erfolgte, in das sie versanken.

Das Bundesgericht hat die Klage gänzlich abgewiesen.

Gründe:

1. Nach der Gestaltung der Parteianträge in der bundesgerichtlichen Instanz hängt die Entscheidung des Prozesses einzig von der Frage ab, wie die Bestimmung der Polize, daß die Gesellschaft keine Garantie für Schadenfälle herrührend von Ertrinken leiste, auszulegen sei. Denn es ist unbestritten, daß die Pferde des Klägers durch das bezeichnete Ereignis umgekommen sind, und dieses Ereignis stellt sich als Unfall im Sinne des Art. 8 der Polize dar, so daß demnach die Haftbarkeit der Beklagten aus dem Versicherungsvertrag begründet ist, sofern nicht eine der Ausnahmen zutrifft, welche in Art. 10 der Polize zu gunsten der Beklagten gemacht sind. Von diesen Ausnahmen kommt hier nur der Tod durch Ertrinken in Betracht. Der klare und unzweideutige Wortlaut der Polize giebt nun keiner andern Auslegung Raum, als der, daß schlechthin durch die Versicherung nicht gedeckt werden sollen diejenigen Fälle, wo der Tod des Tieres durch Ertrinken, d. h. in der Weise erfolgt ist, daß der Körper des Tieres in eine Flüssigkeit geraten und von derselben umgeben worden ist, so daß die Flüssigkeit die Luft von den Atmungsorganen absperrte, und die Atmung dadurch so lange hinderte daß der Erstickungstod (Asphyxie) eintrat. Denn Art. 10 der Polize erklärt ganz allgemein, die Gesellschaft leiste keine Garantie für Schadenfälle, die von Ertrinken herrühren, und macht hievon ausdrücklich bloß eine einzige Ausnahme, nämlich den Fall, daß der Tod durch Ertrinken anläßlich des Tränkens der Tiere an einer regelrechten Tränkestelle stattfindet. Daß nun der Tod der beiden Pferde des Klägers durch Ertrinken bewirkt worden ist, stellt die Vorinstanz ausdrücklich fest, indem sie erklärt: Der Tod sei dann (d. h. nach der Terrainrutschung) durch Ersticken in dem Schlamm und Wasser erfolgt, in das die Pferde versanken. In seiner Beantwortung der Berufungsschrift hat der Kläger zwar bestritten, daß die Pferde ertrunken seien; allein diese Bestreitung ist gemäß Art. 81 O. G. gegenüber der nicht aktenwidrigen thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz nicht zu hören, und sie steht überdies mit der eigenen Erklärung des Klägers in seiner, der Beklagten erstatteten Unfallsanzeige (vom 15. Oktober 1898) in Widerspruch, wo der Kläger der Beklagten mitteilte, daß die zwei in Rede stehenden Pferde ertrunken seien. Die Pferde des Klägers sind somit an einer Todesart zu grunde gegangen, die von der Versicherung durch ausdrückliche und unzweideutige Vertragsbestimmung ausgeschlossen worden ist. Die einzige Ausnahme, welche die Polize überhaupt zuläßt, trifft hier nicht zu, indem die Pferde nicht anläßlich der Tränkung an einer regelrechten Tränkestelle umgekommen sind. Die Klage muß daher abgewiesen werden, es wäre denn, daß entgegen dem klaren Wortlaute der Vertragsurkunde der Bestimmung, daß Tod durch Ertrinken durch die Versicherung nicht gedeckt werde, eine andere Willensmeinung zu grunde zu legen wäre. Hiefür müßten aber zwingende Gründe vorhanden sein; denn entgegen einer an sich klaren und verständlichen Willensäußerung darf nur dann angenommen werden, daß sie dem wahren Vertragswillen nicht entspreche, wenn entweder geradezu feststeht, daß die Parteien etwas anderes übereinstimmend gewollt, und sich somit beidseitig in der Erklärung ver-

griffen haben, oder wenn sich aus den Umständen, insbesondere aus dem übrigen Inhalt des Vertrages ergiebt, daß sie das, was sie erklärten, schlechterdings nicht gewollt haben können, so daß ihr wirklicher Vertragswille anderweitig festgestellt werden muß.

2. Die Gründe nun, welche die Vorinstanz zu ihrer, von dem klaren Wortlaute der Polize abweichenden Interpretation geführt haben, können nicht als genügend erachtet werden, um entgegen diesem Wortlaute zu entscheiden. Die Vorinstanz stellt in erster Linie darauf ab, der Versicherungsnehmer habe gegen Bezahlung der Prämie allen Unfällen gegenüber, die seine Tiere treffen können, Sicherheit haben wollen, mit den strikten Ausnahmen, welche die Gesellschaft um ihrer besondern Schwere willen ausschließe. Alle übrigen Ausnahmen, die in der Polize der Beklagten gemacht werden, erklären sich dadurch, daß es sich um Fälle der höhern Gewalt handle. Der Tod durch Ertrinken gehöre nicht in diese Kategorie, und der Grund, warum diese Todesart von der Versicherung ausgeschlossen werde, könne nur in der Erwägung gesucht werden, welche zu der Bestimmung führte, daß die Ausnahme nicht Platz greife, wenn die Tiere an einen regelrechten Tränkeplatz geführt werden. Aus diesem Satze dürfe darauf geschlossen werden, daß die Gesellschaft lediglich den einen Fall des Ertrinkens von der Versicherung habe ausschließen wollen, dass Tiere unvorsichtig, z. B. an reißenden Flüssen, zur Tränke geführt werden, wobei Unfälle sehr leicht vorkommen, und das Verschulden des Eigentümers schon in der Thatsache begründet sei, daß die Tiere an diesen Tränkeplatz überhaupt geführt wurden. Nun kann aber der Annahme der Vorinstanz unmöglich beigepflichtet werden, daß die Polize den Tod durch Ertrinken nur deshalb in die Ausnahmen von der Versicherung einbeziehe, um den einen Fall des Ertrinkens von der Versicherung auszuschließen, daß Tiere unvorsichtig an ungeeigneten Stellen zur Tränke geführt werden. Wenn die Beklagte nur diesen Fall von der Versicherung hätte ausschliessen wollen, so hätte es des Umweges nicht bedurft, zuerst allgemein den Tod durch Ertrinken von der Versicherung auszunehmen, und dann von dieser Ausnahme wiederum den Fall auszunehmen, wo die Tiere an einen regelrechten Tränkeplatz geführt worden sind, sondern es wäre alsdann einfach zu sagen gewesen, die Versicherung erstrecke sich nicht auf die Fälle, wo Tiere ertrunken sind, weil sie unvorsichtig an ungeeignete Tränkestellen geführt wurden. Es ist sodann auch nicht richtig, daß die Gefahr, welche mit der Tränkung der Tiere an ungeeigneten Tränkestellen verbunden ist, den einzigen plausiblen Grund dafür bilden konnte, um den Tod durch Ertrinken von der Versicherung auszuschließen; vielmehr besteht kein Zweifel, daß es sich beim Tod durch Ertrinken überhaupt um eine Unfallsgefahr handelt, die das Risiko des Versicherers erheblich vermehrt, und daß dieser ein Interesse daran besitzt, womöglich alle Fälle, in denen sich diese Gefahr verwirklichen kann, vom Vertrage auszuschließen. Ein völliger Ausschluß dieser Fälle wäre allerdings mit dem Zweck der Versicherung, welche die Beklagte gewähren will, unvereinbar gewesen, indem es sich an vielen Orten nicht wird vermeiden lassen, die Tiere an Stellen zur Tränke zu führen, wo die Gefahr des Ertrinkens nicht ausgeschlossen ist; mit der Ausnahme, auf welche die Vorinstanz zur Interpretation des Art. 10 der Polize abstellt, verbindet sich somit ein durchaus vernünftiger Sinn, ohne daß von dem klaren Wortlaute dieses Artikels abgegangen zu werden braucht.

3. In zweiter Linie stützt die Vorinstanz ihre Entscheidung auf die Erwägung, daß der eigentliche Unfall, die primäre Ursache des Unglücks, die Terrainrutschung sei, wenn auch der Tod der Tiere dann durch Ersticken in dem Schlamm und Wasser erfolgte; es verhalte sich hier ähnlich, wie wenn die Pferde infolge Einsturzes einer Brücke in die Tiefe und in den unten durchziehenden Fluß gefallen wären. Hiegegen ist zu bemerken: Wenn der Versicherungsvertrag ganz allgemein bestimmt, daß der Tod durch Ertrinken (abgesehen von der in der Polize ausdrücklich bezeichneten Ausnahme) nicht durch die Versicherung gedeckt werde, so ist damit gesagt, daß allemal

dann, wenn ein Unfall diese Todesart zur Folge hat, der Versicherer für den eingetretenen Schaden nicht einstehe. Der so abgefaßte Versicherungsvertrag läßt somit die Frage vollständig bei Seite, welcher Art das Ereignis sei, mit welchem der fatale Verlauf in der Kette von Ursachen und Wirkungen begann; er stellt einfach ab auf den Vorgang, in welchem sich die Tötung vollzieht, d. h. also auf die letzte Ursache der Tötung, durch welche eben die Todesart bestimmt wird. Ist im Vertrage allgemein der Tod durch Ertrinken von der Versicherung ausgeschlossen, so ist demnach der Versicherer in allen Fällen zur Zahlung der Versicherungssumme nicht verpflichtet, wo der versicherte Mensch oder das versicherte Tier ertrunken ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Ursache des Ertrinkens in einem Unfall, oder in einem Vorgang bestanden habe, der sich nicht als Unfall qualifizieren läßt. Angesichts der unbedingten Erklärung des Versicherers, für Tod durch Ertrinken keine Versicherung zu gewähren, fehlt endlich auch die Berechtigung, darauf abzustellen, ob der Unglücksfall aus einer Situation entstanden sei, in welcher normaler Weise von einer Ertrinkensgefahr gesprochen werden konnte oder nicht. Übrigens könnte diese Unterscheidung in casu unmöglich dazu führen, den vom Kläger erhobenen Anspruch zu schützen; denn hier befanden sich die Pferde, als die Rutschung des Terrains, auf dem sie standen, eintrat, am Seeufer; mit der Gefahr, daß das Terrain rutsche, war auch die Gefahr verbunden, daß die Pferde, wenn sie von dem Terrain mitgerissen wurden, in den See gerieten, und darin durch Ertrinken umkamen. Es läßt sich also nicht sagen, daß in Anbetracht der Situation, in die die Tiere gebracht wurden, normaler Weise die Gefahr des Ertrinkens ausgeschlossen gewesen sei.

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Versicherungsvertrag.

Abschluß einer Versicherung durch einen nicht dem Haftpflichtgesetz unterstellten Arbeitgeber mit einer Versicherungsgesellschaft. Ist der Arbeiter des versicherten Arbeitgebers gegenüber der Gesellschaft direkt zur Klage legitimiert? Handlungen und Unterlassungen des Arbeitgebers, welche die Gesellschaft der Haftpflicht entbinden, wirken auch gegenüber dem Arbeiter, welcher gegenüber der Gesellschaft klagend auftritt. Die letztere wird schon dann von ihrer Haftpflicht befreit, wenn der Versicherungsnehmer auch bloß fahrlässigerweise unrichtige Angaben macht.

Der im Juni 1876 geborene Kläger Kuratli war Arbeiter in der Farbholzmühle des W. Surber in Albisrieden, dessen Betrieb unbestrittenermaßen nicht unter dem Haftpflichtgesetze steht. Laut den Lohnzetteln, sowie einer Aufstellung des Surber bezog er im Jahre 1898 einen durchschnittlichen Taglohn von Fr. 3. 50. Am 13. September 1898 erlitt der Kläger einen Unfall, wobei er sich das linke Auge verletzte.

Im Juli 1894 hat Surber mit der Beklagten, der Versicherungsgesellschaft „Préservatrice", einen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Nach den wesentlichen, hier in Betracht kommenden Bestimmungen der Police, die sich Kollektivpolice nennt, garantiert die Beklagte dem Surber die civilrechtliche Haftbarkeit, die ihm infolge der gesetzlichen Haftpflicht seinen Arbeitern gegenüber erwachsen kann. Das Maximum dieser Garantie ist auf den sechsfachen Jahreslohn des verunglückten Arbeiters festgesetzt und kann Fr. 6000. — nicht übersteigen. Die Versicherung gilt und wird die Prämie geschuldet für alle Personen ohne Unterschied des Geschlechtes, welche während der Dauer der Versicherung an den bei Abschluß der Police in Betracht gekommenen Arbeiten beschäftigt sind und ohne Rücksicht darauf, ob diese Personen in Tag-, Monats- oder Jahreslohn, oder im Akkord arbeiten und

als Arbeiter, Vorarbeiter, Aufseher, Ingenieure oder Direktoren angestellt sind. Demgemäß ist der Versicherungsnehmer bei Verlust seines Anspruches im Schadensfalle gehalten, in seinen Lohnlisten und Registern regelmäßig Tag für Tag, Namen, Vornamen, Alter, Beruf und Wohnort einer jeden der von ihm beschäftigten und für seine Rechnung arbeitenden oder angestellten Personen, sowie die Anzahl der geleisteten Arbeitstage und den Betrag des verdienten Lohnes einzutragen. Der Versicherungsnehmer ist ferner verpflichtet, der Gesellschaft am Ende eines jeden Quartals eine Aufstellung vorzulegen, welche die Gesamtzahl der Arbeitstage und den Gesamtbetrag der Arbeitslöhne, welche er für Leistungen seiner Arbeiter, Vorarbeiter etc. in den verflossenen drei Monaten zu bezahlen hatte, angiebt. Die Gesellschaft hat das Recht der Einsicht in die Buchführung des Versicherungsnehmers zum Zwecke der Kontrolle; jede Verweigerung, jede falsche Angabe seitens des Versicherungsnehmers, sei es im Augenblick der Unterzeichnung der Police, sei es während ihrer Dauer, entlastet die Gesellschaft vollständig von ihrer Garantie gegenüber dem Versicherungsnehmer, insofern diese Verschweigung oder falsche Angabe zur Folge gehabt hat, die Gesellschaft in Bezug auf die Anzahl der geleisteten Arbeitstage, oder den Betrag der bezahlten Löhne zu täuschen.

Es ist streitig, ob Surber sofort beim Abschluß des Versicherungsvertrages der Beklagten mitgeteilt hat, daß er nicht unter dem Haftpflichtgesetz stehe. Gemäß einer bei den Akten liegenden, von der Beklagten in ihrer Richtigkeit nicht bestrittenen Kopie eines Briefes schrieb Surber am 26. Oktober 1894 an die hiesige Generalagentur, er stehe nicht unter dem Haftpflichtgesetz. Die Prämie, die zuerst 8,75 %, dann 7,5 % der bezahlten Löhne betrug, wurde zu 60 % von Surber und zu 40 % von dessen Arbeitern auf dem Wege eines Lohnabzuges aufgebracht. Surber sandte dem Generalagenten der Beklagten, Strebler in Zürich, regelmäßig die vierteljährlichen Lohnlisten ein zur Berechnung der Prämie. Auf die Liste vom April 1898 schrieb er, er habe zur Aushülfe im I. Quartal nur Taglöhner beschäftigt, die nicht auf die Arbeiterliste kommen, worauf ihm Strebler berichtete, es sei dies ein Irrtum, er müsse alle Löhne, die er für die versicherten Arbeiten ausgebe, in den Lohnlisten mitteilen; er möge die Liste vervollständigen und etwelche frühere Unterlassungen dieser Art gleichzeitig nachholen. Surber antwortete darauf, die bezüglichen Taglöhner seien nicht versichert gewesen, er habe dies noch in keinem Falle gethan und werde es auch weiter so halten. Zu Beginn des Jahres 1899, also nach dem Unfall des Klägers, ließ die Beklagte bei Surber eine Bücherkontrolle vornehmen und konstatierte dabei, daß seit dem IV. Quartal 1894 Surber mehr Löhne ausbezahlt hatte, als in den Lohnlisten an die Beklagte notiert waren, und zwar betrug die Differenz nach einer genauen Aufstellung der Beklagten etwas über Fr. 7000. — bei einer Gesamtlohnsumme von ca. Fr. 17,600. — und die Prämie für die Differenz Fr. 519. 65. Hierauf erklärte am 23. März 1899 die Beklagte gestützt auf Art. 3 und 21 der Versicherungsbedingungen den Vertrag mit dem 31. März 1899 als aufgelöst. Desgleichen lehnte sie es am 24. März 1899 definitiv ab, eine Entschädigung wegen des Unfalls des Klägers zu bezahlen. Die zu wenig bezahlte Prämie klagte die Beklagte gegen Surber ein, und dieser anerkannte die Klage.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Versicherungs-Gesellschaft eine Entschädigung von Fr. 5000. — gestützt auf den Versicherungsvertrag.

Die erste Instanz hieß die Klage im Betrage von Fr. 4000. — gut. Die Appellationskammer wies sie ab.

Gründe:

1. Gegenstand der Versicherung ist nach dem Wortlaute der Police „die civilrechtliche Haftbarkeit, welche den Versicherungsnehmer laut der schweiz. Bundesgesetze vom 25. Juni 1881 und 26. April 1887 trifft, nach Maßgabe der Unfälle, die seinen in Art. 3 bezeichneten Angestellten oder Arbeitern zustoßen, während sie auf seine Rechnung in den nachstehenden besondern Bedingungen erwähnten Geschäften, Unternehmungen und Dienstzweigen arbeiten.“ Es handelt sich also um eine eigentliche

Haftpflichtversicherung, wobei die Gefahr, gegen welche die Versicherung Schutz bieten soll, nicht in dem Vermögensschaden besteht, der den Arbeiter als Folge eines Unfalls direkt trifft, sondern in der Verpflichtung des Arbeitgebers, für diesen Schaden nach Maßgabe der Haftpflichtgesetze aufzukommen. Besteht eine solche Verpflichtung nicht, weil die industrielle Anstalt des Versicherungsnehmers dem Haftpflichtgesetz nicht unterstellt ist, so fehlt es der Versicherung an einem Gegenstande, und es könnte, wenn sich die Parteien bei Eingehung des Vertrages im Irrtum hierüber befunden haben, die Unverbindlichkeit des Vertrages für den irrenden Teil in Frage kommen.

Im vorliegenden Falle steht fest, daß der Versicherungsnehmer nicht unter das Fabrikgesetz gestellt wurde, weil er durchschnittlich nicht mehr als fünf Arbeiter beschäftigt; ob dies schon beim Abschluß des Vertrages der Fall war, kann dahingestellt bleiben, weil beide Parteien zu einer Zeit, wo sie darüber völlig im klaren waren, in schlüssiger Weise den Vertrag als gültig behandelt haben, die Beklagte, indem sie rückständige Prämien einforderte, der Versicherungsnehmer, indem er eine solche Verpflichtung seinerseits anerkannte.

Die Kontrahenten sind mithin einverstanden gewesen, die Sache gegenseitig so zu behandeln, wie wenn der Versicherungsnehmer unter dem Haftpflichtgesetz stünde und die in Art. 1 bezeichnete Gefahr, für die Folgen eines seinen Arbeitern zustoßenden Unfalls einstehen zu müssen, ihn wirklich treffen könnte. Zweifelhaft erscheint es nun aber, welche Bedeutung der Umstand, daß der Versicherungsnehmer bei einem Betriebsunfall seiner Arbeiter nicht haftet, für die Frage hat, wer aus der Police gegenüber der Versicherungsgesellschaft anspruchsberechtigt sei. Bei der reinen Haftpflichtversicherung geht die Praxis des Bundesgerichts bekanntlich dahin, daß im Zweifel, d. h. wenn sich aus der Police nichts anderes ergiebt, nur der Arbeitgeber, nicht aber auch die Arbeiter, mit Rücksicht auf welche der Versicherungsvertrag abgeschlossen wird, aus diesem direkt berechtigt würden, es hat demnach einen Arbeiter, der gerade aus einer mit der vorliegenden gleichlautenden Police der Préservatrice einen Anspruch erhob, als zur Klage nicht legitimiert erklärt (B.-E. XXII, 863). Die Sache hätte zwar gerade bei dem vorliegenden Policeformular zweifelhaft sein können, da an mehreren Stellen der allgemeinen Bedingungen, so in Art. 10, von dem Entschädigungsberechtigten und Bezugsberechtigten gesprochen wird, worunter der verunfallte Arbeiter, resp. sein Rechtsnachfolger verstanden ist, und in Art. 6 erklärt wird, die Schadenszahlung erfolge zu Handen des Versicherungsnehmers oder des Verunglückten oder seiner Rechtsnachfolger, worin man leicht die Anerkennung eines direkten Rechtes des Verunglückten finden könnte. Es muß indessen zugegeben werden, daß diese Momente für die Legitimationsfrage nicht unbedingt schlüssig sind; denn in Art. 12 wird ausdrücklich gesagt, daß die Entschädigungen im Namen und auf Rechnung des Versicherungsnehmers gezahlt werden, womit die Annahme, die Gesellschaft anerkenne ein selbständiges Recht des Arbeiters ihr gegenüber, nicht wohl vereinbar ist.

Man wird mithin davon auszugehen haben, daß aus einer zu den Bedingungen der Police des konkreten Falles abgeschlossenen Haftpflichtversicherung nur der Versicherungsnehmer (Arbeitgeber), nicht aber auch die versicherten Arbeiter, Rechte beanspruchen können. Besteht nun aber eine gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers nicht, kann mithin der von ihm abgeschlossene Versicherungsvertrag nicht als eine Rückversicherung gegen die Gefahren der ihm obliegenden gesetzlichen Versicherungspflicht angesehen werden, so erscheint als Gegenstand der Versicherung der ökonomische Schaden, der aus Unfällen dem verunglückten Arbeiter unmittelbar entsteht, und es ist dann allerdings sehr naheliegend, bei dieser Sachlage dem versicherten Arbeiter, der allein ein Interesse an der Versicherung hat, einen direkten Anspruch aus dem Vertrage gegenüber der Gesellschaft zuzugestehen. Im vorliegenden Falle wird die Beantwortung der aufgeworfenen Frage dadurch einigermaßen erschwert, daß der Versicherungsnehmer seine Arbeiter zur Leistung von

Beiträgen an die Prämien heranzieht, woraus geschlossen werden könnte, er habe ihnen gegenüber die Versicherungspflicht übernommen, also freiwillig seine Arbeiter in die Lage versetzt, in der sie sich befänden, wenn sie der Vorteile des Haftpflichtgesetzes teilhaftig wären. Trotzdem kann von einem Versicherungs-Vertrage, den der Arbeitgeber als Versicherer mit seinen Arbeitern abgeschlossen hätte, keine Rede sein, weil der Versicherungsvertrag zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf, die hier offenbar nicht beobachtet worden ist.

2. Indessen braucht die Frage der Legitimation hier nicht entschieden zu werden, weil die Klage aus einem andern Grunde abgewiesen werden muß.

Auch wenn der Kläger ein selbständiges Recht aus der Police herleiten könnte, so ist immerhin sein Anspruch von Handlungen und Unterlassungen des Versicherungsnehmers abhängig. Bezahlt dieser z. B. die Prämien nicht, so erlöschen nicht nur dessen Rechte, sondern auch diejenigen der versicherten Arbeiter, ebenso wenn aus irgend einer andern der in der Police bezeichneten Thatsachen eine Verwirkung der Rechte aus dem Vertrage zu folgern wäre, müßte sie der Kläger auch gegen sich gelten lassen.

Es steht nun fest, daß der Versichungsnehmer der Gesellschaft über die Höhe der bezahlten Löhne und die Zahl der im Betriebe beschäftigten Arbeiter, von der auch die Höhe der Versicherungsprämie abhängte, unrichtige Angaben gemacht hat. Als Folge der Unrichtigkeit von Angaben, die die Anzahl der beschäftigten Arbeiter und der Arbeitstage, sowie den Betrag der bezahlten Löhne betreffen, bezeichnet der Vertrag in Art. 21 die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, die thatsächlich geschuldeten Prämien nachzubezahlen und die von der Gesellschaft irrtümlich bezahlten Unfallsentschädigungen zurückzuerstatten, und das Recht der Gesellschaft, den Vertrag sofort durch eingeschriebenen Brief aufzulösen. Und in Art. 3 ist die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Führung genauer Lohnlisten bei Strafe des Verlustes seines Anspruches im Schadensfalle aufgestellt. Der Versicherungsnehmer verliert also in einem solchen Falle den Anspruch auf die Leistung der Gesellschaft bei Unfällen, die bereits vorgekommen sind, ohne selbst der Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrage enthoben zu sein. Diese weitgehenden Folgen unrichtiger Angaben des Versicherungsnehmers erscheinen aber im allgemeinen nur dann als gerechtfertigt, wenn die Unrichtigkeit auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers beruht, bestehe dieses in böser Absicht oder Fahrlässigkeit (B.-E. XXIII, 1767). Aus dem Inhalte der Police ergiebt sich nun nicht, daß die Verwirkung der Rechte des Versichesungsnehmers auch schon an die bloße Thatsache objektiver Unrichtigkeit der Angaben desselben hinsichtlich der in Art. 21 erwähnten Punkte, abgesehen von jedem Verschulden, geknüpft werden wollte, aber wenn die Beklagte bei Aufstellung dieser Bestimmungen eine solche Meinung gehabt hätte, so könnte sich ernstlich fragen, ob diese Auffassung Anspruch auf gerichtlichen Schutz habe. Anderseits ist auch nicht ersichtlich, daß die Strafbestimmungen nur im Falle eines förmlichen Dolus des Versicherungsnehmers angewendet werden dürfen.

Wenn die erste Instanz bemerkt, der Vertreter der Beklagten gehe selbst davon aus, daß die Verwirkung nur dann Platz greife, wenn ein Dolus vorhanden sei, so ist dies nicht genau. Die Beklagte hat sich allerdings auf den Standpunkt gestellt, daß Surber dolos gehandelt habe, und zugegeben, daß sie den Dolus zu beweisen habe, sie hat aber nicht erklärt, daß die Anwendung des Art. 21 den Dolus des Versicherungsnehmers voraussetze.

Im vorliegenden Fall kann nun nicht zweifelhaft sein, daß der Versicherungsnehmer hinsichtlich der Mitteilungen über die Höhe der bezahlten Löhne zum mindesten grob fahrlässig, wenn nicht arglistig, verfahren ist. Der Vertrag ist in dieser Beziehung so klar, daß der Versicherungsnehmer daraus hätte sofort ersehen müssen, daß nicht nur die für die ständig angestellten, sondern auch für vorübergehend im Taglohn beschäftigten Arbeiter bezahlten Löhne für die Berechnung der Prämien in Berücksichtigung fallen. Abgesehen von der ausdrücklichen

Bestimmung der Police mußte sich der Versicherungsnehmer bei einiger Überlegung selbst sagen, daß die Versicherungsgesellschaft unmöglich den Vertrag auf der Basis abgeschlossen haben könne, daß es dem Versicherungsnehmer freistehe, zu bestimmen, welche Arbeiter versichert seien und welche nicht, sondern daß hiefür doch von vornherein feste Normen auf Grund objektiver und gegebenenfalls leicht feststellbarer Merkmale gegeben sein müssen. Wenn er hierüber aber nicht völlig im klaren war, so hätte er zunächst den Vertrag zu Rate ziehen und sich bei den Organen der Gesellschaft darüber erkundigen sollen, welches ihre Auffassung in dieser Sache sei.

Übrigens rechtfertigt schon die Höhe der verheimlichten Lohnbeträge die Annahme, daß es sich hier nicht um eine bona fide geübte Auslegung einer zweifelhaften Vertragsbestimmung handle. Der von der Beklagten eingelegten Aufstellung, die vom Versicherungsnehmer als richtig anerkannt worden ist, ist zu entnehmen, daß die Differenz zwischen den wirklich bezahlten Löhnen und den Angaben, die der Versicherungsnehmer der Gesellschaft vierteljährlich mittelst eines Auszuges aus den Lohnlisten machte, so bedeutend ist, daß sie sich unmöglich bloß aus der Nichtberücksichtigung der zu bloß vorübergehender Aushülfe beschäftigten Arbeiter erklären läßt. Wenn die erste Instanz Gewicht darauf gelegt hat, daß der Versicherungsnehmer in der Lohnliste vom I. Quartal 1898 darauf aufmerksam gemacht habe, daß er zur Aushülfe Taglöhner beschäftigte, die nicht auf die Arbeiterliste kommen, was von vornherein den bösen Glauben ausschliesse, so wäre ihr vollkommen beizupflichten, wenn dies bei der ersten oder zweiten Quartalliste geschehen wäre; nachdem Surber aber bereits während drei Jahren diese vertragswidrige Praxis geübt, so nimmt sich diese am Schlusse des fünfzehnten Quartals seit Beginn der Versicherung erfolgte Mitteilung etwas eigentümlich aus und bildet keinen Beweis dafür, daß er während dieser ganzen Zeit bei der Vertragserfüllung mit der gebotenen Treue und Gewissenhaftigkeit verfahren sei. In gutem Glauben war der Versicherungsnehmer aber jedenfalls für die Folgezeit nicht mehr, da er durch die Zuschrift der Beklagten vom 31. Mai 1898 über deren Auffassung belehrt worden war und nun vollends alle Veranlassung hatte, an Hand der Police zu prüfen, ob sein bisheriges Verhalten mit der Bestimmung des Art. 3 derselben verträglich sei.

Bei dieser Sachlage macht die Versicherungsgesellschaft die Verwirkungsklausel gegenüber dem Versicherungsnehmer mit Recht geltend, und es folgt daraus, daß die Klage abgewiesen werden muß.
(Préservatrice c. Kuratli. 1. Nov. 1900. — U.)

— — ---

II. Unterstützungspflicht des Ehemannes.

Umfang der Unterstützungspflicht. Eine private Vereinbarung ist nur zu schützen, wenn die versprochene Unterstützung den Verhältnissen angemessen ist.

Die vorarlbergischen, in Zürich niedergelassenen Eheleute W. trennten sich infolge ehelicher Zwistigkeiten, nachdem sie vorher einen Vertrag im wesentlichen folgenden Inhaltes abgeschlossen hatten:

1. Der Ehemann verpflichtet sich, sofort bei den Behörden seiner Heimat und den zürcherischen die erforderlichen Schritte zu thun, um sobald als möglich für sich, seine Frau und die Tochter Rosa das Schweizerbürgerrecht zu erwerben.

2. Die Eheleute W. stellen bei dem zürcherischen Gericht ein gemeinsames Scheidungsbegehren, gestützt auf Art. 45 des B. G. betr. Civilst. und Ehe.

3. Der Ehemann bezahlt für den Unterhalt der Frau und Tochter per Monat den Betrag von 150 Fr. zehn Monate lang (letzte Rate fällig am 1. Juni 1900). Ist am 30. Juni gl. J. die Scheidung noch nicht rechtskräftig ausgesprochen, so bezahlt der Ehemann einen reduzierten Monatsbeitrag von 50 Fr.

4. Am Tage, an welchem das Scheidungsurteil rechtskräftig wird, bezahlt der Ehemann seiner Frau eine einmalige Entschädigung von 3500 Fr.

Die Scheidung ist noch nicht ausgesprochen, dagegen hatte der Ehemann bis zum 1. Juni 1900 die vereinbarten Zahlungen geleistet, verweigerte aber die Leistung weiterer Zahlungen. Die Ehefrau W. verlangte nun im Prozesse, daß der Ehemann verpflichtet werde, ihr 10,000 Fr. als Abfindungssumme, event. ihr per Monat 150 Fr. zu bezahlen.

Der Beklagte bestritt eine über das Übereinkommen hinausgehende Zahlungspflicht. Er behauptete, sich alle Mühe gegeben zu haben, um die Scheidung durchsetzen zu können. In Bern habe er sodann den Bescheid erhalten, daß Einbürgerungsgesuche von Ausländern, die im Scheidungsprozesse sich befinden, abgewiesen werden. Endlich hielt er der Klage die Einrede der Inkompetenz der hiesigen Gerichte entgegen. Er führte aus, daß eine „Ehesache" vorliege, die nach einem österreichischen Spezialgesetz vor das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes oder des Heimatsortes des Pflichtigen gehöre.

Die erste Instanz verpflichtete den Beklagten, der Ehefrau monatlich 100 Fr. zu bezahlen. Derselbe beantragte vor zweiter Instanz, den Sustentationsbeitrag event. auf 50 Fr. per Monat herabzusetzen.

Das erstinstanzliche Urteil wurde bestätigt.

Gründe:

1. Die vom Beklagten erhobene Einrede der Inkompetenz der hiesigen Gerichte ist schon von der ersten Instanz mit Recht verworfen worden. Die Frage der Alimentationspflicht gehört dem Familienrechte an und bei Streitigkeiten familienrechtlicher Natur sind gemäß Art. 32 in Verbindung mit Art. 1 und 2 des B. G. betr. d. civilr. Verh. der Niedergelassenen und Aufenthalter auch für Ausländer die Gerichte des Wohnortes zuständig. Dagegen ist allerdings gemäß Art. 9 des cit. Gesetzes das heimatliche Recht in Anwendung zu bringen. Um „Ehesachen" handelt es sich in diesem Falle nicht und es kommt daher auch nicht in Frage, ob wirklich, wie der Beklagte behauptet, nach einem österreichischen Spezialgesetz für „Ehesachen" nur der Gerichtsstand des Heimatortes anerkannt werde, was übrigens für den hiesigen Richter nicht maßgebend wäre.

2. Materiell ist die Unterstützungspflicht vom Beklagten im Prinzip anerkannt worden; sie ist aber auch gegeben durch die §§ 91 und 117 des österr. bürgerl. Gesetzb. (vgl. Scheys Kommentar zu § 92 Ziff. 4). Bezüglich des Umfangs der zu leistenden Alimente will sich indessen der Beklagte an den Vergleich vom 12. September 1899 halten und er bestreitet der Ehefrau das Recht, einen weiter gehenden Anspruch gegen ihn geltend zu machen.

Nun handelt es sich aber bei der Unterstützungspflicht um einen gesetzlichen Anspruch des Unterstützungsberechtigten und um eine gesetzliche Pflicht des Verpflichteten, also nicht um ein reines Privatrecht, über welches die Beteiligten nach Gutfinden verfügen können. Ein Vertrag, durch welchen der Verpflichtete die Alimentationspflicht wegbedingt, könnte in keinem Falle geschützt werden, ebensowenig aber auch ein Vertrag, durch welchen die Beiträge in einer dem Gesetz widersprechenden Weise beschränkt werden. In jedem Falle hat der Richter die Pflicht, zu prüfen, ob eine bezügliche private Vereinbarung den Verhältnissen der Parteien angemessen sei, wenn von der einen oder andern Seite der Vergleich angefochten wird. Es kann freilich nicht gesagt werden, daß einer zwischen den Beteiligten abgeschlossenen gütlichen Vereinbarung gar keine Bedeutung zukomme, vielmehr wird sie in der Regel dem Richter den richtigen Anhaltspunkt für das Bedürfnis des Unterstützungsberechtigten und für das Beitragsvermögen des Verpflichteten geben und er wird zu einer Abänderung des Abkommens nur dann schreiten, wenn ihm dargethan werden kann, daß sich die Verhältnisse der Beteiligten seit dem Abschluß des Vergleichs wesentlich geändert haben oder daß bestimmte Voraussetzungen, welche für den Vergleich maßgebend waren, nicht eingetroffen sind.

3. Letzteres trifft nun aber zweifellos im vorliegenden Falle zu. Aus dem ganzen Inhalt des Vergleiches ergiebt sich nämlich, daß offenbar die Parteien von der Voraussetzung ausgingen, es werde möglich sein,

bis Ende Juni 1900 den Scheidungsprozeß durchzuführen. Alsdann hätte der Beklagte der Ehefrau eine Aversalabfindungssumme von 3500 Fr. ausbezahlen müssen. Jene Voraussetzung hat sich als unzutreffend erwiesen und zwar deshalb, weil es dem Beklagten nicht möglich war, die Erteilung des Schweizerbürgerrechtes zu erlangen. Es wird, nach der eigenen Darstellung des Beklagten, fraglich sein, ob ihm überhaupt das Schweizerbürgerrecht erteilt wird, nachdem bekannt ist, daß er dasselbe nur zum Zweck der Durchführung des Scheidungsprozesses erwerben will; auf jeden Fall ist aber zur Zeit noch die Sache unbestimmt.

Eine wesentliche Voraussetzung für die Reduktion des Alimentationsbeitrags, die Pendenz des Scheidungsprozesses, fehlt also und es kann daher keine Rede davon sein, daß das Gericht die vertragliche Vereinbarung der Parteien für das Maß der Unterstützungspflicht des Beklagten noch als ausschlaggebend betrachten könnte. Vielmehr ist nun dieses Maß von Amtes wegen festzusetzen.

4. Der Vertreter des Beklagten behauptet, daß auch ohne Rücksicht auf den Vertrag ein monatlicher Sustentationsbeitrag von 50 Fr. angemessen sei, zumal der Klägerin auch der Verdienst der Tochter zufließe. Nachdem es aber der Beklagte abgelehnt hat, auch für seine Kinder noch irgend etwas zu leisten, kann der allfällige Verdienst der Tochter gar nicht mehr in Betracht fallen, denn wenn letztere etwas verdient, dann muß sie daraus ihren eigenen Unterhalt bestreiten und der Vater kann gewiß nicht verlangen, daß sie ihm helfe, seiner gesetzlichen Unterstützungspflicht gegenüber der Klägerin zu genügen. Im Gegenteil wird zu sagen sein, daß es für die Tochter, die eben bisher nicht berufsmäßig erwerbend war, namentlich im Anfang etwas schwer halten wird, ihr völliges Auskommen zu finden, und so wird auch sie noch zum Teil an dem der Mutter zukommenden Alimentationsbeitrag zehren helfen. Diese Möglichkeit oder Notwendigkeit hat der Beklagte offenbar selber ins Auge gefaßt, wenn er im Vergleiche vom 12. September 1899 für Mutter und Tochter einen monatlichen Sustentationsbeitrag von 150 Fr. aussetzte.

Anderseits ist anzunehmen, daß es für die Klägerin schwer halten werde, einem selbständigen Erwerb nachzugehen, zumal es richtig zu sein scheint — gemäß einem vorliegenden ärztlichen Zeugnis —, daß sie nicht mehr bei voller Gesundheit ist. Unter solchen Umständen erscheint der von der Klägerin verlangte monatliche Sustentationsbeitrag von 100 Fr. durchaus nicht zu hoch gegriffen, wenn man bedenkt, daß der Beklagte ein Vermögen von 15 000 Fr. versteuert — daß er nicht mehr soviel besitze, hat der Beklagte nicht nachweisen können —, daß er ein vollkommen ausreichendes Einkommen und daß er daraus nur mehr seinen und den Unterhalt der Frau zu bestreiten hat. (24. Novbr. 1900. Eheleute Wachter. — U.)

III. Vindikation.

Die in § 31 des Ges. betr. die Einführung des B. G. über Sch. und K. angesetzte Frist gilt nicht für die Geltendmachung anderer Ansprüche (Eigentumsrechte) der Ehefrau bezw. Kinder des Schuldners. § 41 des Einführungsges.

Unterm 27. Januar, 6., 10. und 26. Febr. 1900 wurden beim Ehemann der Rekurrentin Frau R. Pfändungen bezw. Ergänzungspfändungen auf Mobilien vollzogen zu gunsten verschiedener Gläubiger (worunter auch die Rekursgegner B. & Cie.), die zusammen eine Pfändungsgruppe bildeten. Nach Vollzug der ersten Pfändung (vom 27. Januar) wurde der Rekurrentin vom Betreibungsamt die in § 41 des zürcher. Einf.-Ges. zum Sch. u. K.-G. vorgeschriebene Anzeige (gemäß Formular B der oberger. Anweisung) gemacht. — Die Rekurrentin that damals keinerlei Schritte zur Wahrung ihrer Rechte, wie sie behauptet, weil sie damals noch glaubte, ihr Ehemann werde sich mit seinen Gläubigern arrangieren können. Erst im August 1900, als die Verwertung der gepfändeten Gegenstände stattfinden sollte, sprach die Rekurrentin eine größere Anzahl

derselben als ihr Eigentum an, wurde aber durch Erkenntnis des Einzelrichters mit ihrer Klage wegen Verspätung abgewiesen.

Der von der Rekurrentin erhobene Rekurs wurde für begründet erklärt und der Vorderrichter angewiesen, den Prozeß materiell zu behandeln.

Gründe:

Da die Rekurrentin unbestrittenermaßen die ihr vom Betr.-Amt gemäß Art. 107 Sch. u. K.-G. angesetzte Frist zur gerichtlichen Klageerhebung innegehalten hat, so kann es sich nur fragen, ob sie mit ihrer Ansprache nicht schon deshalb ausgeschlossen werden müsse, weil sie es unterließ, dieselbe gemäß der ihr vom Betreibungsamt am 27. Januar gemachten Anzeige vom Vollzug der Pfändung bei ihrem Ehemann innerhalb 40 Tagen vom letztern Zeitpunkte an beim Betreibungsamte geltend zu machen, wie der Vorderrichter in der That angenommen hat. Dies ist jedoch zu verneinen. Die betreffende Anzeige, die durch § 41 des Einführungsgesetzes vorgeschrieben ist, hat zunächst bloß den Zweck, die Ehefrau (bezw. die Kinder) des Betriebenen „auf allfällige Eigentumsansprachen und Einsprachsrechte aufmerksam zu machen". Eine Fristansetzung war hiebei nur insoweit nötig, als es sich um das Recht der Anschlußpfändung handelt, für dessen Geltendmachung der § 31 des Einf.-Ges. im Anschluß an Art. 111 Sch. u. K.-G. eine 40tägige Frist aufstellt. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß das kantonale Gesetz die Ehefrau (bezw. Kinder) zwingen wolle, auch ihre sonstigen Ansprüche (Eigentumsrechte etc.) innerhalb dieser Frist geltend zu machen bei Strafe der Verwirkung, ganz abgesehen von der Frage, ob eine solche Vorschrift gegenüber dem Bundesgesetz zulässig wäre. Das kantonale Einf.-Ges. selbst enthält eine solche Fristbestimmung nicht, und wenn gleichwohl in das Formular der betreffenden Anzeige eine solche aufgenommen worden ist, so kann dies mangels einer gesetzlichen oder sonstigen ausdrücklichen Androhung nur als eine Ordnungsvorschrift aufgefaßt werden. Die gegenteilige Auffassung hätte auch wohl zur notwendigen Consequenz, daß der Ehefrau auch von sämtlichen Ergänzungspfändungen Kenntnis gegeben werden müßte, um ihre allfälligen Eigentumsrechte rechtzeitig wahren zu können, während nach § 119 (letzter Satz) der obergerichtlichen Anweisung dies nicht zu geschehen hat. Enthält sonach weder das eidgenössische noch das kantonale Recht eine Bestimmung, gestützt auf welche in vorliegendem Falle eine Verwirkung der Rechte der Klägerin oder ein Verzicht auf dieselben angenommen werden kann, so muß auf die klägerische Eigentumsansprache materiell eingetreten werden. (12. Januar 1901. — B.)

IV. Nachlassvertrag.

Das Begehren um Bewilligung der Rechtswohlthat eines Nachlaßvertrages kann auch von einer Aktiengesellschaft gestellt werden.

Durch Beschluß vom 7. Dezember 1900 hat das Bezirksgericht Zürich das Gesuch der Glühlampenfabrik Hard um Bewilligung der Rechtswohlthat des Nachlaßvertrages abgewiesen. Hiegegen rekurrierte die Gesuchstellerin und beantragte, den angefochtenen Beschluß aufzuheben, auf das Nachlaßbegehren einzutreten und der Gesellschaft vorerst eine zweimonatliche Stundung zu gewähren.

Das Bezirksgericht hat das Gesuch der Rekurrentin, ohne materiell darauf einzutreten, deshalb abgewiesen, weil Art. 657 Abs. 2 O.-R. ausschließe, daß auch einer Aktiengesellschaft die Rechtswohlthat des Nachlaßvertrages bewilligt werden dürfe. An jener Bestimmung des Obligationenrechtes, daß eine überschuldete Aktiengesellschaft auf dem Wege des Konkurses liquidiert werden müsse, habe das spätere Sch. u. K.-G. nichts geändert, weil Art. 657 O.-R. zweifellos eine lex specialis enthalte, welche von den allgemeinen Bestimmungen des XI. Titels des Sch.-K.-G. nicht berührt werde; auch mit Rücksicht auf den wirtschaftlichen Zweck des Nachlaßvertrages rechtfertige es sich nicht, den Aktiengesellschaften die Rechtswohlthat des Nachlaß-

vertrages zu gewähren, denn der Nachlaßvertrag sei dazu da, um dem Schuldner die weitere wirtschaftliche Existenz zu sichern, den Fortbestand der ökonomischen Persönlichkeit zu ermöglichen, und bei der Aktiengesellschaft sei die Erreichung dieses Zweckes ausgeschlossen, weil hier die Nachlaßschuldnerin zu existieren aufhöre.

Die Appellationskammer hieß den Rekurs gut.

Gründe:

1. Zunächst ist die Anschauung, daß die Bestimmung des Art. 657 O.-R. durch das Schuldbetreibungsgesetz nicht alteriert worden sei, wohl deshalb unrichtig, weil das Sch. u. K.-G. ausschließlich und in allen Teilen das Schuldexekutionsverfahren regelt und weil durch Art. 318 Abs. 3 Sch.-K.-G. ausdrücklich alle widersprechenden Vorschriften sowohl eidgenössischer, als auch kantonaler Gesetze als aufgehoben erklärt worden sind. Maßgebend ist also für das Schuldexekutionsverfahren in erster Linie, was das Schuldbetreibungsgesetz bestimmt und wenn dieses in Art. 293 ohne jede Beschränkung die Bestimmung enthält, daß jeder Schuldner die Rechtswohlthat des Nachlaßvertrages verlangen dürfe, so kann dem gegenüber nicht in Betracht fallen, daß das Obligationenrecht ein so weit gehendes Recht der Aktiengesellschaft noch nicht kennt.

2. Nur wenn eine faktische oder rechtliche Unmöglichkeit bestünde, Art. 293 Sch. u. K.-G. auch auf Aktiengesellschaften anzuwenden, käme diese Bestimmung gegenüber Art. 657 Abs. 2 O.-R. weiter nicht in Betracht; eine solche Unmöglichkeit existiert aber, entgegen der Annahme des Bezirksgerichtes, nicht.

Wenn der Nachlaßvertrag wirklich, wie das Bezirksgericht anzunehmen scheint, nur darauf tendieren würde, dem Schuldner die weitere wirtschaftliche Fortexistenz zu sichern, so könnte allerdings gesagt werden, daß sich bei der Aktiengesellschaft dieser Zweck in der Regel nicht erreichen lasse, weil in der Regel die Gesellschaft aufhören wird zu existieren (eine Notwendigkeit ist das nicht, denn die Aktiengesellschaft kann nach durchgeführtem Verfahren auch fortexistieren; vgl. deutsch. H. G. B. § 307 Abs. 2), man übersieht aber, daß der Nachlaßvertrag durchaus nicht nur einseitig zu gunsten des Schuldners wirkt, sondern in nicht unwesentlichem Maße auch zu gunsten der Gläubiger, indem er sie schützt vor den nachteiligen Folgen, welche eine Verwertung der ganzen Masse notwendig mit sich bringt. Diese Wirkung kann gewiß nicht als eine nur zufällige bezeichnet werden, sondern es ist einleuchtend, daß der Gesetzgeber mit Willen auch die Interessen der Gläubiger hat wahren wollen, wenn er auch vielleicht in erster Linie das Interesse des Schuldners im Auge hat (vgl. Fuchsberger Entscheid. z. deutsch. K. O. S 173). Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb in einem Falle, wo die Rücksicht auf den Schuldner gänzlich dahinfällt, das Gesetz nicht doch den Gläubigern die Vorteile gewähren dürfte, die ihnen der Nachlaßvertrag bietet, wenn es auch in erster Linie nur dem Schuldner durch den Nachlaßvertrag eine Rechtswohlthat erweisen wollte.

Die deutsche Gesetzgebung hat keinen Anstand genommen, auch den Aktiengesellschaften das Recht auf einen Nachlaßvertrag zuzugestehen (vgl. § 307 Abs. 2 des deutsch. H. G. B.) und auch theoretisch hat man die Bedenken überwunden, welche das angebliche Fehlen einer Person, welche die Verpflichtungen aus dem Nachlaßvertrag erfüllen könnte, verursacht (vgl. Victor Ring, Reichsges. betr. Kommanditgesellschaft auf Aktien u. Aktiengesellschaft, Berlin 1893, Seite 644, u. auch Reichels Kommentar, Note 12 zu Artikel 293 Sch.-K.-G.).

3. Muß aber angenommen werden, daß die Vorinstanz mit Unrecht die Anwendbarkeit des Art. 293 Sch.-K.-G. auf Aktiengesellschaften verneint habe, so ist der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Gesuch zur materiellen Behandlung an das Bezirksgericht zurückzuweisen.

(Glühlampenfabrik Hard, 31. Dez. 1900. — B.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Februar 1901. XX. Band. No. 3.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteile des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Markenrecht, b) Ratenkauf. II. Entscheidungen der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Lebensversicherungspolice; b) Vindikation und Schenkung.

Schweizerisches Bundesgericht.

8. Dezember 1900.

I. Markenrecht.

Gebrüder Schnyder & Co. c. Erste österreichische Seifensieder-Gewerk-Gesellschaft Apollo in Wien.

Begründet auch der frühere Gebrauch einer Marke im Ausland, speciell in Österreich, die Priorität gegenüber der früheren Eintragung in der Schweiz? Art. 5, Markenschutzgesetz. — Übereinkunft zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken.

Die Beklagte und Widerklägerin, eine offene Handelsgesellschaft besteht seit 9. Juni 1843 in Wien und betreibt daselbst die Fabrikation von Kerzen, Seifen, Margarine, Glycerin und Parfümeriewaren. Im Jahre 1863 nahm sie als Firma an: „Erste österreichische Seifensieder-Gewerk-Gesellschaft", und am 12. Juni 1894 fügte sie dieser Firma den Zusatz „Apollo" bei. Für ihre Seifen und Kerzen hat sie seit Jahrzehnten die Bezeichnung „Apollo" (Apolloseifen, Apollokerzen), sei es allein, sei es in Verbindung mit einer Leier, verwendet, indem sie dieses Zeichen ihren Waren oder deren Verpackung aufgedrückt hat. „Apollokerzen" sind nachgewiesenermaßen seit 1891 von ihr nach der Schweiz geliefert worden; dagegen sind „Apolloseifen" erst seit 1897 von ihr in die Schweiz eingeführt worden. Am 5. Oktober 1893 ließ sie das Wort „Apollo" nebst einer Leier als Marke im Markenregister der Handels- und Gewerbekammer in Wien unter Nr. 3719 eintragen für ihre Seifen, sodann ebenda am 18. September 1895 unter Nr. 5932 das Wort „Apollo", von einem Rechteck eingefaßt, für Kerzen, Seifen, Parfümeriewaren, sowie für Schmalz und Butter. Die Marken sollten teils als Etiketten, teils auf der Emballage, sowie auch eingepreßt auf Kerzen und Seifen verwendet werden. Das der österreichischen Marke Nr. 3719 entsprechende Zeichen ließ sie alsdann am 14. September 1897 unter Nr. 9515, das bloße Wort „Apollo" (österr. Marke Nr. 5932) am 30. Oktober gl. Js. unter Nr. 9617 als Marke beim eidg. Amt für geistiges Eigentum registrieren. Inzwischen, seit 1895, hatte die Klägerin und Widerbeklagte, die

Kommanditgesellschaft, Gebrüder Schnyder & Cie., die seit 1892 eine Seifenfabrik in Madretsch bei Biel (Kanton Bern) betreibt, Seifen mit der Bezeichnung „Savon Apollo" hergestellt und vertrieben. Am 27. April 1896 ließ sie beim eidg. Amt für geistiges Eigentum unter Nr. 8323 diese Worte („Savon Apollo") für ihre Toilette- und Haushaltungsseifen als Marke eintragen, nachdem sie auf eine Anfrage vom 14. Februar 1896 beim genannten Amte, ob der Name „Apollo" schon zur Bezeichnung einer Seife im eidg. Markenregister eingetragen sei, eine verneinende Antwort erhalten hatte.

Die Klägerin und Widerbeklagte hat hierauf am 10. Dezember 1897 Klage mit dem Rechtsbegehren erhoben, es sei gerichtlich zu erkennen, die beiden von der Beklagten unter Nr. 9515 und 9617 im Markenregister des eidg. Amtes für geistiges Eigentum eingetragenen Marken „Apollo" seien zu löschen. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und Widerklage gestellt mit den Rechtsbegehren: 1. auf Anerkennung ihres ausschließlichen Rechtes auf die Verwendung des Wortes „Apollo" als Fabrikmarke für Seifen; 2. auf Löschung der für die Klägerin und Widerbeklagte am 27. April 1896 erfolgten Eintragung des Wortes „Apollo" als Fabrikmarke, bezw. als Hauptbestandteil einer Fabrikmarke; 3. auf Verbot der Anbringung des Wortes „Apollo" auf Seifen oder deren Verpackung, sowie des Vertriebes und des Feilhaltens von Seife, auf welcher oder auf deren Verpackung das Wort „Apollo" angebracht ist, unter Androhung der Folgen des § 390 bern. C. P. O.

Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern hat die Vorklage abgewiesen, die Widerklage dagegen gutgeheissen.

Das Bundesgericht, an welches die Vorklägerin mit dem Antrage auf Gutheißung der Vor- und Abweisung der Widerklage gelangte, hat das vorinstanzliche Urteil bestätigt.

Gründe:

1. Im Streite liegt das Recht an der schweizerischen Marke „Apollo" für Seifen. Beide Parteien erheben hierauf Anspruch, die Vorklägerin mit der Begründung, sie habe diese Marke in der Schweiz vor der Widerklägerin für sich eintragen lassen, sei also der erste Hinterleger, und weder die frühere Eintragung, noch der frühere Gebrauch derselben in Österreich vermöge dagegen aufzukommen, ein früherer Gebrauch in der Schweiz aber werde von der Widerklägerin nicht einmal behauptet; die Widerklägerin, indem sie sich in erster Linie auf den Standpunkt stellt, der frühere Gebrauch in Österreich begründe gegenüber der spätern Eintragung durch die Vorklägerin in der Schweiz die Priorität, und in zweiter Linie geltend macht, die Eintragung der Marke „Apollo" durch die Vorklägerin beruhe auf böser Absicht, sie sei erfolgt im Bewußtsein, daß diese Marke in Österreich schon längst der Widerklägerin zugestanden habe, und in der Absicht, eine Täuschung herbeizuführen, sie qualifiziere sich also als böswillige Aneignung. Die streitige Frage nun, wer der wahre Berechtigte an der schweiz. Marke „Apollo" sei, beurteilt sich ohne Zweifel nach schweizerischem Recht, da es sich eben um eine in der Schweiz eingetragene Marke handelt. Da feststeht, daß die Vorklägerin die Marke „Apollo" in der Schweiz zuerst hinterlegt hat, muß nach Art. 5 schweiz. Markenges. bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden, daß sie die wahre Berechtigte ist. Die Widerklägerin unternimmt den Gegenbeweis in der oben angegebenen Weise. Für ihren Standpunkt hat sich die Widerklägerin mit Recht weder auf die „Internationale Konvention zum Schutz des gewerblichen Eigentums" vom 20. März 1883, noch auf die „Übereinkunft betreffend die internationale Eintragung der Fabrik- und Handelsmarken" vom 14. April 1891 gestützt, aus dem einfachen Grunde, weil Österreich keiner dieser beiden internationalen Unionen beigetreten ist. Dagegen beruft sie sich auf die „Übereinkunft zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken" vom 22. Juni 1885 (A. S. N. F. Bd. IX, S. 29). Hiernach wird (in Art. 1) den Österreichern und Ungarn in der Schweiz (und den Schwei-

zern in Österreich-Ungarn) in Bezug auf die Fabrik- und Handelsmarken der nämliche Schutz zugesichert, wie den Einheimischen; Art. 2 setzt sodann fest, daß die Angehörigen des einen der vertragschließenden Teile, „welche in den Gebieten des andern Teils den Schutz ihrer Marken genießen wollen", nach Maßgabe der in den letztern Gebieten bestehenden Vorschriften ihre Marke zu hinterlegen haben, und bezeichnet die Hinterlegungsstelle. Über die Bedeutung dieser Übereinkunft ist zu bemerken: Als Staatsvertrag kann sie, wie die Vorinstanz richtig ausführt, jedenfalls nicht angesehen werden, da sie als solcher der Genehmigung der Bundesversammlung bedurft hätte (Art. 85 Ziff. 5 B. V), und nun diese nicht eingeholt worden ist. Sie stellt sich vielmehr lediglich dar als eine Gegenrechtserklärung, wie sie schon nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1879, Art. 7, Ziff. 2, zulässig war und nach derselben Bestimmung des jetzigen Gesetzes wiederum erfolgen kann: nach beiden Gesetzen ist nämlich der nicht in der Schweiz wohnhafte Industrielle zur Hinterlegung seiner Marke in der Schweiz dann berechtigt, wenn sein Wohnortsstaat der Schweiz Gegenrecht hält (sofern er den Beweis erbringt, daß seine Marke in dem betreffenden Staate geschützt ist); und nun soll die in Frage stehende Übereinkunft ein für allemal feststellen, daß dieses Verhältnis des Gegenrechts zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn besteht. Zu einem derartigen Abkommen war der Bundesrat zweifellos befugt, wie denn auch mit einer ganzen Reihe anderer Staaten solche Abkommen getroffen worden sind, zum Teil auch das Gegenrecht nur durch Notenaustausch zugesichert wurde (vgl. v. Salis, Bundesrecht, Bd. I Nr. 289; ferner die Zusammenstellung bei Mackenroth, Nebengesetze zum schweiz. Oblig.-R., S. 203 ff.). Nach dieser Übereinkunft, in Verbindung mit Art 7, Ziff. 2 Bundesges. betr. Fabrik- und Handelsmarken etc., steht fest, daß die Widerklägerin, als österreichische Gesellschaft, in der Schweiz denselben Schutz genießt, wie ein Inländer. Die Einwendung (vgl. das von der Vorklägerin zu den Akten gebrachte Gutachten Zeerleder), Art. 2 der Übereinkunft schränke den den Österreichern in der Schweiz zu gewährenden Schutz ein, indem danach die Hinterlegung der Marke die unbedingte Voraussetzung des Schutzes derselben bilde, vor der Hinterlegung also kein Schutz bestehe, ist von der Vorinstanz in zutreffender Weise zurückgewiesen worden; sie erscheint denn auch als gänzlich unhaltbar, da alsdann ja der in Art. 1 eod. aufgestellte Grundsatz der Gleichstellung durchbrochen würde. Unter dem „Schutz", von dem Art. 2 l. c spricht, ist vielmehr der specielle markenrechtliche Schutz zu verstehen, der auch nach Art. 4 des eidg. Markenschutzgesetzes an die Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung geknüpft ist. Nur diese Auslegung ergiebt eine Übereinstimmung der beiden genannten Bestimmungen der Übereinkunft; sie paßt aber auch vollständig zum System des schweiz. Markenschutzgesetzes. Die streitige Frage, wem das Markenrecht an dem Worte „Apollo" zustehe, ist daher vom Standpunkte der völligen Gleichstellung der Widerklägerin mit einer schweizerischen Firma zu beantworten.

2. Da nun nach Art. 5 des schweiz. Markenschutzgesetzes nicht erst die Hinterlegung das Markenrecht schafft, sondern schon der frühere befugte Gebrauch (vgl. Entsch. des Bundesger., Amtl. Sammlg. Bd. VII S. 391, IX S. 478), der Hinterlegung und Eintragung somit nach schweizerischem Recht deklarative, nicht konstitutive Wirkung zukommt; da ferner von der Widerklägerin ein früherer Gebrauch des Wortes „Apollo" für Seifen — vor der Eintragung durch die Vorklägerin — in der Schweiz gar nicht einmal behauptet wird und jedenfalls nicht nachgewiesen ist, — fragt es sich nur, ob entweder die frühere Eintragung in Österreich oder der frühere Gebrauch daselbst der Widerklägerin die „wahre Berechtigung", das Recht auf die Marke, also auch auf deren ausschließliche Benutzung auch in der Schweiz verschafft hat. Diese Frage ist bezüglich der früheren Eintragung zu verneinen. Das Institut der Markenregister ist zunächst und abgesehen von internationalen Vereinbarungen — die in diesem Prozesse nach dem in Erwägung 3 Ausgeführten von vorneherein

nicht zur Anwendung gelangen — rein territorial; daher wirkt auch die Hinterlegung und Eintragung, deren Förmlichkeiten von Land zu Land wechseln, an sich nur territorial, im Staate der Eintragung, und ebenso der hieran geknüpfte specielle markenrechtliche Schutz. Gerade zur Beseitigung dieses Zustandes und zur Schaffung eines internationalen Markenrechts ist die Madrider Übereinkunft vom 14. April 1891 abgeschlossen worden, wonach die Eintragung beim internationalen Bureau in Bern einer Marke internationalen Charakter und internationalen Schutz verleiht, und gerade aus dieser Übereinkunft, in Verbindung mit Art. 2 der internationalen Union vom 20. März 1883 (wonach für den Schutz in jedem Lande die internen Vorschriften dieses Landes zu erfüllen sind) geht hervor, daß die bloße nationale Hinterlegung und Eintragung diesen Schutz nicht zu begründen vermag.

3. Was den früheren Gebrauch betrifft, so ist vorerst davon auszugehen, daß der frühere befugte Gebrauch in der Schweiz zweifelsohne der Widerklägerin die „wahre Berechtigung" verschaffen würde. Da ein solcher Gebrauch, wie bemerkt, nicht nachgewiesen, ja nicht einmal behauptet ist, so stellt sich die Frage vorliegend so, ob der frühere befugte markenmäßige Gebrauch eines „Zeichens" (des Namens „Apollo") im Auslande, speciell in Österreich, dem früheren Gebrauch im Inlande gleichzustellen sei, ob m. a. W. auch dieser frühere Gebrauch im Auslande genüge, um die Rechtsvermutung des Art. 5 schweiz. Markenschutzges. zu zerstören. Nun liegt dem schweiz. Markenschutzgesetz, indem es das sog. System der deklarativen, nicht der konstitutiven Wirkung der Eintragung aufgenommen hat, das Prinzip zu Grunde, daß die thatsächliche Verwendung eines Zeichens als Marke ein Recht des Bezeichnenden an diesem Zeichen begründe, und dieses Recht kann nicht anders denn als Individualrecht aufgefaßt werden; die Marke (auch die nicht eingetragene) bezeichnet eine Ware als von einer bestimmten Persönlichkeit bezw. einem bestimmten Geschäftsinhaber ausgehend, sie stellt äußerlich die Verbindung einer Ware mit einer bestimmten Persönlichkeit dar. Dieses Individualrecht aber, das danach im Markenrecht enthalten ist, ist an sich nicht an ein bestimmtes Territorium gebunden, es ist seiner Natur nach nicht national, sondern universal; national, territorial ist nur der specielle Markenschutz, dessen Vorbedingungen die Erfüllung der Förmlichkeiten des Staates, in dem der Schutz nachgesucht wird, ist, und der erst das schon bestehende Individualrecht zu einem gesteigerten Individualrecht weiteren Inhaltes erhebt. Eine territoriale Einschränkung dieses Individualrechtes müßte daher speciell ausgesprochen sein, und das ist nach dem schweiz. Gesetz nicht der Fall. Diese universale Bedeutung der Marke, der universale Charakter des Individualrechtes an ihr, ist umsomehr anzuerkennen, als die Handelsthätigkeit dessen, der sich ihrer bedient, nicht auf das Gebiet eines bestimmten Territoriums beschränkt ist, gegenteils die Marke wie die Handelsthätigkeit ihrer Natur bei den heutigen Verkehrsverhältnissen nach universalen Charakter tragen muß (vgl. das von der Vorklägerin eingelegte Gutachten von Dr. W. Burckhardt; ferner ein bei Meili, die internationalen Unionen, S. 50, ohne nähere Bezeichnung citiertes Urteil des Appellations-Gerichts Leipzig). Von diesem Grundsatze ist denn auch das Bundesgericht ausgegangen, wenn es in seinem Urteil vom 17. November 1899 i. S. Hediger Söhne c. Union (Amtl. Sammlg. Bd. XXV, 2. Teil, S. 772 ff.) ausgesprochen hat, die Thatsache, daß ein Zeichen im Auslande zum Gemeingut (Freizeichen) geworden sei, genüge, um ihm diesen Charakter auch im Inlande zu verleihen, auch wenn es an sich hier noch nicht Gemeingut geworden sei. Die oben aufgeworfene Frage ist daher grundsätzlich zu bejahen, und es könnte sich nur fragen, ob der Bejahung nicht etwa Rücksichten der Billigkeit, oder sonstige Gründe praktischer Art entgegenstünden (vgl. das Gutachten Burckhardt). Das ist jedoch ebenfalls im Verhältnis der Schweiz zu Österreich und unter den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen, bei denen doch kaum anzunehmen ist, daß der Vorklägerin der Gebrauch der Marke „Apollo" durch die Widerklägerin in Österreich nicht bekannt gewesen

sei (vgl. die Zeugenaussagen, speciell diejenige des Dr. Deite, ferner dessen Handbuch der Seifenfabrikation 1887, das auf Seite 310 die „Apolloseife" der Widerklägerin speciell erwähnt, und das Certifikat der Handels- und Gewerbekammer für Österreich unter der Ems, wonach die Fabriken der Widerklägerin zu den größten Etablissementen dieser Art in Österreich-Ungarn gehören), zu verneinen (vgl. auch Dunant, Traité des marques de fabriques, pag. 139). Von jenem Grundsatze aus aber muß die Widerklägerin als die wahre Berechtigte an der schweizerischen Marke „Apollo" erklärt werden, und es ist daher ihre Widerklage begründet; denn die Zulässigkeit einer Klage auf Löschung einer eingetragenen Marke und Verbot des weitern Gebrauches unterliegt keinem Zweifel.

4. Da die Widerklage somit schon von dem von der Widerklägerin in erster Linie geltend gemachten Standpunkt aus gutzuheißen ist, braucht auf ihre zweite, mehr nur nebensächlich herbeigezogene Begründung nicht eingetreten zu werden, zumal diese Begründung heute vom Vertreter der Widerklägerin nicht vorgetragen worden ist.

II. Ratenkauf.

Wann berechtigt die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen den Käufer zum Rücktritte vom ganzen Vertrage? Art. 234 O. R. greift nicht Platz, wenn zwar mangelhaft, aber rechtzeitig erfüllt ist. Liegt in wissentlicher Lieferung mangelhafter Ware ohne weiteres eine Arglist des Verkäufers?

Am 29. Juli 1899 war zwischen den Parteien ein Vertrag zu stande gekommen, wonach die Klägerin dem Beklagten 150 Tonnen (zu 100 *kg*) Calciumkarbid, mit einer garantierten durchschnittlichen Gasausbeute von 300 L. pro *kg* „Karbid" verkaufte. Die Lieferung hatte in verschiedenen monatlichen Raten in den Monaten September 1899 bis August 1900 zu erfolgen. Aus den „allgemeinen Bestimmungen" des Vertrages sind folgende hervorzuheben: „Jede Lieferung gilt als ein besonderes Geschäft und ist die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung einer Lieferung ohne Einfluß auf die andere. — Die zu liefernde Ware wird von der Verkäuferin erst nach einer genauen Prüfung auf ihre vertragliche Gehaltmenge hin zur Versendung gebracht."

Die zwei ersten in Ausführung dieses Vertrages gemachten Lieferungen entsprachen den Vertragsbestimmungen nicht, da das gelieferte Karbid die garantierte Gasausbeute nicht ergab. Der Beklagte machte infolgedessen einerseits Preisminderungs- und Wandelungsansprüche hinsichtlich dieser zwei Lieferungen geltend, und erklärte anderseits den Vertrag überhaupt auch für die künftigen Lieferungen für aufgehoben.

Während die Preisminderungs- und Wandelungsansprüche des Beklagten für die zwei ersten Lieferungen gerichtlich gutgeheißen wurden, wurde dagegen dessen Begehren, es sei der Vertrag vom 29. Juli 1899 als aufgehoben zu erklären, abgewiesen, vom Bundesgericht im wesentlichen mit folgender Begründung:

Der Beklagte beansprucht das Recht auf einseitigen Rücktritt vom Vertrag, oder das Recht, dessen sofortige Auflösung, Wandlung, zu verlangen, und er leitet dieses Recht daraus her, daß die zwei ersten Lieferungen von der Klägerin mangelhaft und dolos ausgeführt worden seien. Wird bei der Entscheidung dieses Begehrens vorerst vom Vorhandensein einer Arglist abgesehen, so stellt sich die Frage so, ob bei einem Kaufe, der in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen ist, die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen den Käufer zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtige. Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ergiebt, daß der Verkäufer überhaupt nicht im stande ist, vertragsgemäß zu liefern; andernfalls aber folgt aus der Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen nicht das Recht auf Aufhebung des ganzen Vertrages; das ergiebt sich wohl aus der ganz allgemeinen Bestimmung des Art. 255 Obl.-R., die sich zwar nicht ausdrücklich auf Käufe, die in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen sind, bezieht, aber auf diese gewiß ebensosehr zutrifft, wie auf Kaufverträge um mehrere

zusammen verkaufte Sachen oder über Gesamtsachen.

Jene Voraussetzung nun, daß sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung die Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Erfüllung aller spätern Lieferungen ergebe, trifft vorliegend nicht zu; es ist sehr wohl möglich, daß anfänglich ungünstige Verhältnisse in der Fabrik eine mangelhafte Produktion verursachten (wie die Klägerin das auch selbst zugiebt), daß aber diese ungünstigen Verhältnisse später gehoben werden und die Fabrikation verbessert wird. Ist sonach schon nach dem Gesetz der Anspruch des Beklagten auf Wandlung des ganzen Vertrages — vom Falle der Arglist der Klägerin immer abgesehen — unbegründet, so ist für die Abweisung dieses Anspruches im vorliegenden Falle entscheidend die Bestimmung des Vertrages, wonach jede einzelne Lieferung als ein besonderes Geschäft zu gelten hat und die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung der einen ohne Einfluß auf die andere sein soll. Nach dem Gesagten kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Vertragsbestimmung vollständig zulässig ist, wie sie denn auch wohl mit den besondern Verhältnissen der Calciumkarbid-Fabrikation in engem Zusammenhange steht.

Der Beklagte macht aber weiterhin namentlich geltend, die Klägerin habe bei Ausführung der ersten beiden Lieferungen arglistig gehandelt, und er stützt seinen Anspruch auf Wandlung des ganzen Vertrages besonders hierauf. Die Vorinstanz scheint denn auch anzunehmen, daß dieser Anspruch, das Vorhandensein der Arglist vorausgesetzt, begründet wäre. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob für deren Abweisung wiederum die obenerwähnte Vertragsbestimmung beigezogen werden kann; denn jedenfalls folgt ihre Unbegründetheit aus dem Gesetz. Allerdings wäre der ganze Kaufvertrag wegen Betruges anfechtbar, wenn sich dieser Betrug auf den Abschluß des Vertrages beziehen würde, wenn also die Verkäuferin den Käufer durch betrügerische Handlungen zum Abschlusse des Vertrages bewogen hätte. Das fällt aber hier außer Betracht; die behauptete Arglist der Verkäuferin wäre jeweilen nur auf eine einzelne Lieferung gegangen, und es wäre daraus nicht zu schließen gewesen, daß sie sich auf die andern Lieferungen erstreckt hätte, oder daß sie sich auf den Abschluß des ganzen Vertrages bezöge; soweit sie sich aber auf jene Lieferungen bezieht, ist den Rechten des Käufers mit Wandlung der betreffenden Lieferungen völlig Genüge geleistet.

Eine Aufhebung des ganzen Vertrages kann auch aus dem Grunde aus der Arglist bei einzelnen Lieferungen nicht hergeleitet werden, weil es sich beim Kaufe in der Regel nicht um ein Geschäft, bei dem das persönliche Vertrauen der Kontrahenten zu einander von ganz besonderer Bedeutung ist, handelt (anders beim Dienstvertrage, bei der Gesellschaft, beim Auftrag); dem Käufer ist in der Mängelrüge und dem allfälligen Wandlungs- (und Preisminderungs-) Anspruch in dem oben erörterten Umfange genügend Schutz gewährt. Daß die Möglichkeit der Prüfung auf Seite des Beklagten beinahe ausgeschlossen sei (wie er behauptet hat), ist gewiß unrichtig, da sowohl er wie seine Abnehmer in That und Wahrheit die erste Lieferung geprüft haben.

Im fernern stellt nun aber die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise und ohne Rechtsirrtum fest, daß der Klägerin überhaupt keine Arglist zur Last gelegt werden kann. Die Arglist soll nach den Ausführungen des Beklagten darin liegen, daß die Klägerin bewußt minderwertige Ware geliefert habe. Allein dieser Thatbestand erfüllt den Begriff der Arglist nicht; zu diesem gehört vielmehr eine Täuschung, sei es durch positive unwahre Angaben, sei es durch Verheimlichung u. dergl. Jene Lieferung minderwertiger Ware im Bewußtsein des Minderwertes, stellt sich vielmehr lediglich als vorsätzliche ungenügende Vertragserfüllung dar, wogegen dem Käufer die in Art. 243 ff und 110 ff. Obl.-R. geregelten Rechtsmittel gegeben sind.

Endlich will der Beklagte seinen Anspruch auf Rücktritt vom ganzen Vertrage noch aus einer analogen Anwendung des Art. 234 Obl.-R. der dem Käufer im kauf-,

männischen Verkehr bei Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins im Falle des Verzuges des Verkäufers das Recht des sofortigen Rücktrittes vom Vertrage einräumt, folgern. Von einer analogen Anwendung dieser Bestimmung, die für den Fall des Verzuges gemäß den Lebensverhältnissen im kaufmännischen Verkehr alle Berechtigung hat, auf den Fall mangelhafter Erfüllung kann ganz offenbar keine Reden sein; die Folge mangelhafter Erfüllung sind in Art. 243, in Verbindung mit Art. 110 ff Obl.-R. vollständig und erschöpfend geregelt. Übrigens würde auch bei analoger Anwendung dieses Artikels aus der mehrfach angeführten Vertragsbestimmung wiederum nur das Recht zum Rücktritt von jeder einzelnen Lieferung, nicht aber vom ganzen Vertrage, folgen.

(3. November 1900, Wegmann & Hauser c. Schweizerische Gesellschaft für elektrotechnische Industrie.)

(Nr. II aus Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Bd. XIX Nr. 5.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Lebensversicherungspolice.

Eigentumsübertragung einer Lebensversicherungspolice. Beweis des Übergangs. Gehören Lebensversicherungspolicen, die zu Gunsten bestimmt bezeichneter dritter Personen ausgestellt sind, im Konkurse des Versicherten in die Konkursmasse, oder stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrage dem in der Police bezeichneten Destinatär zu? Ist das Recht, einen zu Gunsten Dritter abgeschlossenen Versicherungsvertrag aufzuheben, ein rein persönliches?

Im Konkurse des J. Güttinger sprach dessen Ehefrau die Lebensversicherungspolice Nr. 40156 der Lebensversicherungsgesellschaft „L'Urbaine" d. d. 19./21. Juli 1888 zu Eigentum an. Diese Police beurkundet den Lebensversicherungsvertrag, mittelst welchem J. Güttinger am 19./21. Juli 1888 sein Leben bei der genannten Gesellschaft für Fr. 10,000.— versicherte. Die Versicherungsgesellschaft verpflichtete sich, diese Summe in Gemäßheit der Policebestimmungen nach dem Ableben des Versicherungsnehmers J. Güttinger an dessen Ehefrau zu bezahlen. Die Konkursverwaltung bestritt die Eigentumsansprache der Frau Güttinger, worauf dieselbe Klage auf Anerkennung ihres Anspruches einleitete. Sie stützt ihre Vindikation darauf, daß sie in der streitigen Police als Destinatärin bezeichnet ist und daß ihr Ehemann, der Versicherungsnehmer, auf jedes Verfügungsrecht hinsichtlich der Police verzichtet und ihr die letztere zu Besitz und Eigentum übergeben habe, insbesondere machte sie geltend:

a) Der Kridar Güttinger habe ihr die Police, gleich als er sie von der Versicherungsgesellschaft erhalten, übergeben mit der Bemerkung, sie gehöre ihr, damit einmal für sie gesorgt sei, wenn er sterbe.

b) Sie habe daraufhin die Police separat aufbewahrt in einem Kleiderschrank in einer Schachtel, wo sie ihre sonstigen Sachen aufzubewahren pflegte. Den Schlüssel zu diesem Kasten habe in der Regel sie besessen, der Mann habe ihn ihr in der Regel abverlangen müssen, denselben aber auch sonst etwa besessen.

c) Als im Jahre 1893 ein Sekretär angeschafft worden sei, sei die Police wiederum separat in einer kleinen Seitenschublade zusammen mit der Unfalls- und der Mobiliarversicherungspolice aufbewahrt worden und bei dieser Translocierung habe Güttinger neuerdings erklärt, daß die Police ihr Eigentum sein solle, damit für sie gesorgt sei, wenn ihm etwas zustoßen sollte, jedes Jahr habe er auch die Prämienquittungen dazu gelegt. Der Besitz des Sekretärschlüssels habe zwischen den Ehegatten gewechselt.

d) Güttinger habe ihr immer mitgeteilt, wenn in der Agentur eine Veränderung vorgekommen sei, damit sie wisse, an wen sie sich eventuell zu wenden habe.

e) Unmittelbar nach der Übergabe und

auch später habe sie wiederholt bei Gelegenheit ihren Verwandten davon Mitteilung gemacht, daß ihr der Mann eine Lebensversicherung gegründet und ihr die Police übergeben habe, die sie aufbewahre.

Die Konkursmassenverwaltung bestritt sämtliche die Besitzes- und Eigentumsübertragung betreffenden Behauptungen, und erklärte, daß umgekehrt die Police sich stets im Besitze des Kridaren befunden habe.

Kurze Zeit vor dem Konkursausbruch haben die Eheleute Güttinger gemeinsam eine Faustpfandverschreibung zu Gunsten eines Großmann errichtet, nach welcher die streitige Police demselben für eine bestehende und für künftige Schulden des Kridaren verpfändet werden sollte. Eine Besitzesübertragung hat jedoch nie stattgefunden. Die Police wurde am 14. Juni d. J. auf Verlangen Großmanns mit Arrest belegt und nach dem bald darauf erfolgten Konkursausbruch von der Konkursverwaltung eingezogen.

Die Versicherungsprämien sind regelmäßig bezahlt worden, die zuletzt verfallene, im Betrage von Fr. 326. — durch das Konkursamt. Widerklagsweise verlangte dasselbe von der Klägerin Rückerstattung dieser von der Konkursverwaltung bezahlten Prämie und überdies Bezahlung von 12 mal Fr. 326. — für die vom Kridaren seit Bestehen der Police bezahlten Prämien. Offenbar sollte diese Widerklage nur eventuell d. h. nur für den Fall der Gutheißung der Hauptklage Geltung haben.

Der Einzelrichter hat Klage und Widerklage abgewiesen. Dagegen rekurriert die Klägerin und beantragt neuerdings Gutheißung der Klage, während die Beklagte Abweisung der Klage, eventuell „Gutheißung der Kompensationseinrede mit Retentionsrecht“ beantragte. Die Appellationskammer wies den Rekurs ab.

Gründe:

1. Wäre es richtig, daß der Kridar Güttinger die streitige Police seiner Frau, der Klägerin, zu Eigentum übertragen hätte und daß die Klägerin zur Zeit des Konkursausbruches noch Eigentümerin gewesen wäre, so müßte die Klage selbstverständlich gutgeheißen werden, denn in diesem Falle gehörte eben die Police bezw. der darin beurkundete Versicherungsanspruch nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners und deshalb dürfte die Police auch nicht in die Konkursmasse gezogen werden. Daß zur Übertragung der Police ein Indossament und eine Anzeige an die Versicherungsgesellschaft nötig gewesen wäre, kann nicht aus Art. 15 der Policebestimmungen abgeleitet werden, da es sich hier nicht um die in jenem Artikel vorgesehene Abtretung an einen Dritten, sondern darum handelte, daß der im Versicherungsvertrag genannte Destinatär durch die Eigentumsübertragung sofort ein unwiderrufliches Recht auf die Versicherungssumme erhalten sollte. Eine Anzeige an die Versicherungsgesellschaft schreibt übrigens die Police nicht vor. Das Erfordernis eines Indossamentes ergiebt sich aber auch nicht aus der Natur der Police, als eines Legitimationspapieres, da die Rechtmäßigkeit des Besitzes gewiß auch auf andere Weise als durch Indossament bewiesen werden kann. Ebenso hat schon die Vorinstanz mit zutreffender Begründung die eventuell geltend gemachte paullianische Anfechtung der schon im Jahre 1888 (angeblich) erfolgten Eigentumsübertragung verworfen.

2. Von den sub litt. a—e behaupteten Thatsachen, welche die Klägerin zum Beweise verstellt hat, können nur die drei ersten als erheblich gelten. Die andern dagegen sind von vornherein auszuschließen, weil deren Erhärtung für das Eigentumsrecht der Klägerin nichts beweisen würde.

Die drei ersten Beweissätze sind erheblich, obschon nach ihrer eigenen Darstellung die Klägerin nicht immer den ausschließlichen Gewahrsam an der Police ausgeübt hat. Auf den bloßen Gewahrsam nämlich kann es nicht ankommen. Allerdings ist die Lebensversicherungspolice nach § 549 Pr. G. B. ein Legitimationspapier, dessen rechtmäßiger Inhaber Anspruch auf die Auszahlung der fälligen Versicherungssumme hat. Für die Rechtmäßigkeit des Besitzes genügte aber der bloße Nachweis des faktischen Gewahrsams selbstverständlich nicht. Vielmehr ist für die Frage der Berechtigung aus dem Versicherungsvertrage und noch

vielmehr für das im vorliegenden Falle im Streite liegende Eigentumsrecht der Erwerbstitel einzig maßgebend. Überträgt der Versicherungsnehmer das Eigentum an der Police auf den Destinatären, dann hat der letztere jedenfalls das Recht auf die Versicherungssumme erworben, mag man im übrigen der in Sachen Conradin vom hiesigen Obergerichte ausgesprochenen Ansicht, daß der Destinatär sein Recht sonst erst mit dem Tode des Versicherten erwerbe (H. E. Bd. XIII, S. 7 ff.), huldigen oder der gegenteiligen Ansicht des Bundesgerichtes den Vorzug geben, nach welcher das Recht des Dritten schon mit dem Abschlusse des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrages zur Entstehung gelangt (B. E. Bd. XX, S. 114, Erw. 2). In der Übertragung der Police ist nämlich ein Verzicht auf die dem Versicherungsnehmer kraft § 549 Pr. G. B. zustehende Verfügungsgewalt zu erblicken. Jedenfalls gehört die Police und damit der in ihr beurkundete Versicherungsanspruch so lange nicht mehr zum Vermögen des Versicherungsnehmers, als die erfolgte Übertragung nicht rückgängig gemacht worden ist (sei es infolge vertraglicher Übereinkunft oder z. B. auf dem Wege des Widerrufes einer Schenkung. H. E. Bd. XII, S. 95, Erw. 4). Ist die Eigentumsübertragung einmal wirklich erfolgt, so kommt darauf also nichts mehr an, ob der Versicherungsnehmer gelegentlich in der Lage sei, die Police in seine Hände zu nehmen, vielmehr bedürfte es zu einem Eigentumswechsel der eben besprochenen Rückübertragung. Im vorliegenden Falle würde daher die Thatsache, daß der Ehemann bisweilen über den Schlüssel zu dem Kasten, in dem die Police von der Klägerin aufbewahrt worden sein soll, verfügte, und daß er später abwechslungsweise mit der Klägerin den Schlüssel zum Sekretär besessen habe, dem Eigentumsanspruche der Rekurrentin keinen Abbruch thun, sofern diese nur die behauptete Eigentumsübertragung aus dem Jahre 1888 oder die Erneuerung derselben aus dem Jahre 1893 zu beweisen vermöchte. Nun hat die Klägerin nicht behauptet, daß bei den eben erwähnten zwei Vorkommnissen eine Drittperson zugegen gewesen sei. Ein direktes Zeugnis könnte darüber also bloß der Ehemann der Klägerin ablegen, während die andern, als Zeugen angerufenen Personen, höchstens zu berichten in der Lage wären, was ihnen die Klägerin erzählt, oder was die Zeugen hinterher über die Aufbewahrung der Police allenfalls selber beobachtet haben. Daß aus der bloßen Aufbewahrungsart ein zuverlässiger Schluß auf das Eigentumsrecht aber nicht gezogen werden kann, dürfte auf der Hand liegen, und daß etwa der Kridar selber den angerufenen Zeugen Mitteilung von der Eigentumsübertragung gemacht habe, ist nicht behauptet worden, vielmehr bezog sich das Beweisanerbieten speciell auf Mitteilungen der Klägerin selbst. Erheblich könnte also nur das Zeugnis des Kridaren sein; allein dieser ist nicht nur wegen seiner Eigenschaft als Ehemann der Beweisführerin, sondern namentlich auch wegen seines Interesses am Ausgange des Prozesses als befangen zu betrachten, so daß sein Zeugnis um so weniger Beweiskraft haben könnte, als es sich nach dem Gesagten um ein Einzelzeugnis handeln würde. Die Rekurrentin ist mithin nicht in der Lage, die von ihr behauptete Eigentumsübertragung zu beweisen.

3. Es bleibt indessen die weitere Frage zu prüfen, ob der Anspruch der Rekurrentin nicht gleichwohl gutzuheißen sei, weil diese im Versicherungsvertrage als die zum Bezuge der Versicherungssumme berechtigte Person bezeichnet ist, und weil, wie die Rekurrentin behauptet, das Recht des Versicherungsnehmers zum Widerruf der Begünstigung und zur Aufhebung des Versicherungsvertrages als ein höchst persönliches zu erachten sei, als ein Recht, das von der Konkursmasse nicht geltend gemacht werden könne. Zunächst ist festzustellen, daß die streitige Versicherung ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten ist. Der begünstigte Dritte (die Rekurrentin) ist mit Namen genau bestimmt. Daraus folgt nach Obl.-R. Art. 128, Abs. 2, daß die Klägerin, als die Begünstigte, einen selbständigen Anspruch auf die Versicherungssumme erworben hat, sofern anzunehmen ist, daß die Versicherungsparteien ihr ein selbständiges Forderungsrecht haben einräumen wollen. Da

die Versicherung ausschließlich auf den Todesfall abgeschlossen wurde, kann daran, daß der Versicherungsnehmer der Klägerin wenigstens auf den Zeitpunkt seines Todes hin ein selbständiges Klagerecht hat begründen wollen, nicht wohl gezweifelt werden. Ob ihr aber schon bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers ein Anspruch zustehe, ist zweifelhaft (vgl. D. B. G. B. § 331). Indessen braucht diese Frage deshalb nicht entschieden zu werden, weil ein solcher Anspruch mit Rücksicht auf das dem Versicherungsnehmer kraft § 549 Pr. G. B. zustehende Verfügungsrecht unter allen Umständen ein widerrufliches wäre, und deswegen nicht zur Gutheißung der Klage führen könnte. (Daß im vorliegenden Falle — abgesehen von der nicht beweisbaren Eigentumsübertragung — etwa besondere Vertragsbestimmungen existierten, welche das freie Verfügungsrecht des Versicherungsnehmers ausschlössen, ist nicht behauptet worden und ergiebt sich auch nicht aus den Akten.) Das Recht des Widerrufes steht nämlich nicht nur dem Versicherungsnehmer selbst, sondern auch dessen Konkursmasse zu, weil dasselbe nicht als ein höchst persönliches betrachtet werden kann. Das Gericht sieht sich nicht veranlaßt, von dem Standpunkte abzuweichen, welchen die Mehrheit der Appellationskammer am 4. Februar 1893 in dieser Beziehung eingenommen hat (H. E. Bd. XII, S. 96). Danach geht es nicht an, eine Lebensversicherungspolice, welche einen unbestreitbaren Vermögenswert darstellt, den Konkursgläubigern zu entziehen, so lange nicht eine positive (civil- oder konkursrechtliche) Gesetzesbestimmung das Widerrufsrecht als ein höchst persönliches erklärt. (Vgl. auch das Urteil des deutschen Reichsgerichtes vom 23. März 1891 in Seuff. Arch. Bd. 47, Nr. 225, und Dr. F. Ostertag i. d. Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. Bd. XI, S. 335 ff. und Hafners Komm. zum Obl.-R. 2. Aufl., Art. 128, Note 6 am Ende). So spricht sich auch der Röllische Entwurf zu einem eidgen. Versicherungsgesetze für die Übertragbarkeit des Widerrufsrechtes aus (s. II. Entwurf Art. 68 und 69, Zeitschr. f. Schweiz. Recht N. F., Bd. XVIII, S. 534 ff. und 631), im Gegensatz zu einzelnen Kodifikationen, welche allerdings die Lebensversicherungspolice der gegen das Vermögen des Versicherungsnehmers gerichteten Exekution entziehen. Das Bundesgericht hat die Frage bis jetzt nicht entschieden, sondern nur gestreift im Falle Soller gegen Kolb (B. E. Bd. XIX, S. 290). Die streitige Police garantiert in Art. 5 der allgemeinen Bestimmungen das Rückkaufsrecht des Versicherungsnehmers ausdrücklich, so daß kein Zweifel über ihre Verwertbarkeit bestehen kann, ganz abgesehen davon, daß die Lebensversicherungspolice auch ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Rückkaufes einen Vermögenswert hat, zumal wenn die Versicherung, wie im vorliegenden Falle, schon längere Zeit besteht. (Frau Güttinger c. Konkursmasse Güttinger. 4. Dez. 1900. — B.)

II. Eigentumsklage. Anfechtung einer Schenkung.

Verteilung der Beweislast. Wirkungen des Besitzes. Das Eigentumsrecht als das stärkere Recht geht dem Anspruch auf Schutz des bloß thatsächlichen Besitzes vor. Schutz der Eigentumsklage.

Gründe:

1. Die Kläger verlangen als gesetzliche Erben ihres am 31. März 1899 verstorbenen Vaters Jakob Toggweiler vom Beklagten die Herausgabe eines Schuldbriefes von Fr. 5000, welcher unterm 7. Nov. 1897 vom Beklagten und seinem Bruder Emil Toggweiler auf die ihnen damals gemeinsam zugehörende Liegenschaft zu Gunsten des Erblassers der Kläger errichtet worden ist. Der Beklagte hat nicht bestritten, daß der fragliche Schuldbrief in seinem Besitz bezw. in seiner Verfügungsgewalt sich befinde; er behauptet aber, es sei derselbe in der ersten Hälfte des Monats März 1899 (den Tag kann er nicht genauer angeben) ihm und seinem Bruder von Vater Toggweiler geschenkt und ihm von demselben persönlich in seiner (des Beklagten) Wirtschaft übergeben worden.

2. Was nun die Frage der Beweislast betrifft, so wird nach allgemein feststehenden Grundsätzen davon auszugehen sein, daß es zur Begründung der Eigentums-(Vindikations-)Klage, genügt, wenn der Ansprecher den Erwerb des Eigentums in seiner eigenen Person oder derjenigen seines Erblassers zu beweisen vermag. Eines weitern Beweises in dieser Richtung bedarf es aber im vorliegenden Falle deshalb nicht, weil unbestritten ist, daß der Erblasser Toggweiler seinerzeit Eigentümer des zu seinen Gunsten errichteten Schuldbriefes geworden ist und daß die Kläger seine gesetzlichen Erben sind. — Demgegenüber liegt dem Beklagten der Beweis dafür ob, daß er den früher dem Toggweiler gehörenden Schuldbrief von diesem rechtmässig erworben habe. Der Beklagte glaubt zwar, daß es hiefür an der bloßen Thatsache des Besitzes genüge und daß ihm, da gemäß § 76 B. G.-B. eine Vermutung für gutgläubigen Besitz besteht, der Erwerb in bösem Glauben nachgewiesen werden müsse.

Diese Auffassung wäre dann richtig, wenn es sich hier um einen bloßen Besitzstreit handeln würde d. h. wenn die Kläger ihren Anspruch noch lediglich auf die Thatsache des früheren Besitzes stützen würden; sie ist aber nicht zutreffend, wenn auf Seiten des Ansprechers die Voraussetzungen des Eigentums- (Vindikations-) Anspruches vorliegen, da diesem gegenüber die bloße Berufung auf den Besitz nicht genügen kann, vielmehr das Eigentumsrecht als des stärkern dem Anspruch auf Schutz des bloß thatsächlichen Besitzes vorgehen muß, (vgl. Ullmer Suppl. Nr. 2902 Erw. 2.)

3. Nun ist allerdings zuzugeben, daß die Thatsache des Besitzes, namentlich wenn derselbe zweifellos als ein gutgläubiger anzusehen ist, ein sehr erhebliches Beweismoment auch für den rechtmässigen Eigentums-Erwerb bilden, ja unter Umständen sogar hiefür genügen kann, z. B. wenn der Besitz nachgewiesenermaßen mit Wissen und Willen des frühern Eigentümers während längerer Zeit in einer Weise ausgeübt worden ist, die einen Schluß auf eine vorangegangene Eigentumsübertragung zuläßt. Allein so liegen die Verhältnisse im vorliegenden Falle keineswegs; vielmehr ergeben sich aus den Akten verschiedene Umstände, wodurch die Rechtmässigkeit des Besitzes des Beklagten und der gute Glaube desselben sehr in Frage gestellt wird.

4. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen ist, daß der Beklagte sich den fraglichen Schuldbrief nach dem Ende des Erblassers Toggweiler angeeignet habe, wenngleich zuzugeben ist, daß ein Beweis dafür, daß dies geschehen, ebensowenig erbracht ist. Nach der Aussage des Zeugen Oertli, der den Erblasser in der letzten Krankheit verpflegte, steht fest, daß der Beklagte bald nach dem Tode desselben in seiner Wohnung erschien, und allerdings in Anwesenheit des Zeugen, die Kommode öffnete, in welcher sich die Wertschriften des Erblassers in einer offenen Schublade befanden, auch den Schlüssel der Kommode zu sich steckte und bis zur Ankunft der Kläger am folgenden Tage bei sich behielt.

Wenn auch der Zeuge nichts davon gesehen hat, daß der Beklagte etwas aus der Kommode weggenommen habe, so war doch die Möglichkeit hiezu offenbar vorhanden. Auffallen mag auch, daß der Beklagte, der freilich die Angabe des Oertli anfänglich bestritt, wenn er eine solche Inspektion des Nachlasses — an dem er in keiner Weise beteiligt war — im Interesse der Erben für angezeigt hielt, nicht sofort und unter Mitwirkung des Oertli ein kurzes Inventar über das Vorhandene aufgenommen hat, um sich dadurch den Beweis, daß nichts weggekommen, gegenüber den Erben zu sichern.

5. Dazu kommt nun aber noch, daß auch der weitere vom Beklagten angetretene Beweis für die behauptete Schenkung nicht nur nicht erbracht, sondern im Gegenteil derart ausgefallen ist, daß auch hieraus sich verschiedene Verdachtsmomente gegen die Richtigkeit der Darstellung des Beklagten ergaben.

In seiner ersten Einvernahme in der wegen Unterschlagung geführten und dann sistierten Strafuntersuchung gab der Beklagte an, die Schenkung sei in Gegenwart seines Bruders, seiner Frau und seiner

Schwiegermutter erfolgt. Durch die Einvernahme der betreffenden Personen hat sich diese Behauptung als unrichtig herausgestellt; lediglich die Frau des Beklagten, auf deren Zeugnis natürlich nicht abgestellt werden darf, will dabei anwesend gewesen sein; die beiden andern Personen wollen von der Schenkung erst nachher durch den Beklagten Kenntnis erhalten haben; gegenüber der Schwiegermutter des Beklagten soll Toggweiler damals nur eine unbestimmte Andeutung (er habe etwas gethan, was er schon lange im Sinne gehabt habe) gemacht haben, erst später habe ihr der Beklagte mitgeteilt, daß Toggweiler ihm den Schuldbrief geschenkt habe. Sodann ergiebt sich aus der Strafuntersuchung, daß der Beklagte am 1. April den Schuldbrief seinem Bruder übergeben hat; nach der Angabe des Beklagten soll dies geschehen sein, weil damals eine Abrechnung zwischen ihnen stattgefunden habe, bei welcher der Brief mitverrechnet worden sei. Allein dieser Bruder will in seiner Einvernahme von einer solchen Abrechnung nichts wissen, sondern behauptet, der Brief gehöre ihnen jetzt noch gemeinsam!

Es ist also ein Beweis dafür, daß der Schuldbrief sich schon vor dem Tode des Toggweiler im Besitz des Beklagten befunden habe, überhaupt nicht geleistet. Auffallend ist auch, daß der Beklagte sich nicht, wie es doch sonst bei derartigen Geschäften üblich, die Schenkung durch Toggweiler schriftlich hat beurkunden lassen, obgleich er eine Beanstandung derselben seitens der Erben als wahrscheinlich voraussehen konnte.

6. Weitere erhebliche Beweismomente für die behauptete Schenkung finden sich in den Akten nicht. Wenn verschiedene Personen bezeugen, der Erblasser habe wiederholt seine Absicht geäußert, dem Beklagten etwas zuzuhalten und seine eigenen Kinder, speziell seine Tochter, mit der er auf gespanntem Fuße stand, im Erbrechte zurückzusetzen, so genügt dies eben noch nicht zum Beweise dafür, daß er diese Absicht auch ausgeführt habe. Auch scheint es nicht gerade wahrscheinlich, daß der sonst sehr karge und sparsame Toggweiler schon bei seinen Lebzeiten (und ohne ernstlich krank zu sein oder sonstige spezielle Veranlassung), einen so bedeutenden Teil seines Vermögens freiwillig und definitiv verschenkt habe, so daß es sich keineswegs rechtfertigen würde, es in einem solchen Falle mit dem Beweise etwa besonders leicht zu nehmen.

(6. Juni 1900, Toggweiler c. Toggweiler. U.)

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben
von **Dr. P. Wolf,** Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel,** sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.

Tableau des Schweizerischen Bundesrates
1901.
Mit Metallstäben.
Preis 1 Franken.
Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. März 1901. XX. Band. No. 4.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postanstalten in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteile des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Kauf, b) Agenturvertrag, c) Maklervertrag, d) Gerichtsstand. II. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Erfindungsschutz. III. Entscheidungen der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. a) Prozessentschädigung, b) Betreibungsart. IV. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Pfändung, b) Lohnpfändung.

Schweizerisches Bundesgericht.

Kauf.

Gewährpflicht des Verkäufers für Sachmängel. Verzicht auf die Wandelung? Begriff des durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schadens.

1. Die Haftbarkeit des Verkäufers dafür, dass der Kaufgegenstand nicht solche Mängel habe, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich vermindern, ist nicht so zu verstehen, daß es einfach auf den auf Seite des Käufers vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache ankomme, und demgemäß schlechthin entscheidend sei, zu welchem Zwecke der Käufer die Sache erworben habe. Vielmehr handelt es sich auch hier um nichts weiteres, als um die Pflicht des Verkäufers, den Kauf getreu einer redlichen Vertragsmeinung zu erfüllen, also die Sache zu dem vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauche geeignet zu übergeben. Welcher Gebrauch als vertragsmäßig vorausgesetzt gelten könne, muß sich, abgesehen von besondern Bereden der Kontrahenten, aus den Umständen und der Natur des fraglichen Geschäftes ergeben. Als schlechthin vorausgesetzt wird derjenige Gebrauch zu betrachten sein, dem die Kaufsache gewohnheitsmäßig, ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entsprechend, zu dienen hat. Außerdem kann aber ein bestimmter Gebrauch auch dann als vertraglich vorausgesetzter erscheinen, wenn aus den Vertragsunterhandlungen hervorgeht, daß der Käufer die Sache speziell zu diesem Gebrauche erwerben wolle und der Verkäufer ihn durch sein Verhalten in der Erwartung, daß die Sache hiezu tauglich sein werde, bestärkt.

2. Wenn der Käufer die empfangene Kaufsache trotz ihrer erkennbaren Mängel gebraucht und über sie verfügt, so kann allerdings, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. B. G. XXIV, II S. 547 Erw. 6 und 794), hierin der Verzicht auf eine Rückbietung erblickt werden, aber doch nur dann, wenn in dem Gebrauch oder der Verfügung über die Sache sich der Wille des Käufers bekundet, die Sache trotz jener Mängel als sein Eigentum zu behalten, bezw. als Eigentümer darüber zu verfügen, und auf diesen Willen darf im vor-

liegenden Falle nicht geschlossen werden, da der von der Vorinstanz konstatierte Gebrauch der Maschine unerläßlich war, um die Empfangbarkeit derselben zu konstatieren, und somit den Käufer erst in die Lage versetzen sollte, sich zu entscheiden, ob er die Maschine annehmen wolle oder nicht.

3. Mit der Wandelung ist nach Art. 253 O. R. die Verpflichtung des Verkäufers verbunden, dem Käufer zum mindesten denjenigen Schaden zu ersetzen, der demselben durch die Lieferung der mangelhaften Sache unmittelbar verursacht worden ist. Hiezu gehört in erster Linie der Ersatz der von den Beklagten ausgelegten Beträge für Fracht und Zoll, sowie für Reparaturen, die im Interesse der Instandstellung der Maschine vorgenommen worden sind; in zweiter Linie auch der Ersatz des den Beklagten infolge der Sachmängel in ihrer Fabrikation entgangenen Gewinns; denn die Kläger wußten, daß die Beklagten die Maschine zum Zwecke einer rationellen Fabrikation von Cementsteinen kauften, und mußten bei Eingehung des Vertrages als dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechende, unmittelbare Folge der Lieferung eines zu diesem Zweck nicht tauglichen Objektes voraussehen, daß die Beklagten nicht mit demjenigen Gewinn arbeiten werden, den sie mit einer vertragsmäßig beschaffenen Maschine erzielen würden.

(10. Nov. 1900 i. S. Baur c. Wilisch & Cie.)

Agentur-Vertrag.

Verhältnis des Agenten zum Geschäftsherrn. Wichtige Gründe zur Auflösung des Vertrags.

1. Es kann nicht als Meinung eines Agenturvertrages angenommen werden, daß der Geschäftsherr mit Rücksicht auf die Interessen des Agenten in seinem Rechte beschränkt sein solle, seine Preise selbständig zu bestimmen, so wie es ihm jeweilen den Interessen seines eigenen Geschäfts entsprechend dünkt. Der Agent muß daher schon bei Eingehung des Vertrages in Betracht ziehen, daß die Höhe seiner nach dem Umsatze zu berechnenden Provision nicht lediglich von seiner Thätigkeit, sondern von äußern Verhältnissen verschiedener Art abhängt, welche ihrerseits für die Entschließungen des Geschäftsherrn bestimmend sind, und er kann insbesondere nicht darauf rechnen, daß dieser stets in gleichem Umfange und in gleicher Weise produzieren, oder daß er die Preise fortdauernd so stellen werde, daß er ohne Rücksicht auf die eigene Geschäftslage und seinen eigenen Vorteil dem Agenten die von diesem erwartete Provision ermögliche (vgl. Entsch. des deutsch. Reichsgerichts, Bd. 31 No. 12). Es kann gewiß nicht gesagt werden, daß der Geschäftsherr seine eigenen geschäftlichen Interessen in illoyaler Weise einseitig verfolgt und sie wider Treu und Glauben berechtigten Erwartungen des Agenten vorangestellt habe, wenn er sich auf Geschäfte nicht einließ, die ihm zwar keinen Verlust, aber auch keinen Gewinn gebracht hätten. Denn daß der Geschäftsherr, um eine möglichst große Umsatzziffer zu erreichen, unter Umständen auch umsonst arbeiten würde, durfte doch der Agent nicht als Meinung des Agenturvertrages voraussetzen und noch weniger, daß er von derartigen Geschäften, die ihm gar keinen Gewinn würden eingebracht haben, dem Agenten noch eine Provision hätte zuscheiden wollen.

2. Wenn ein Agent in seinen Abrechnungen gemachte Inkassi wissentlich verschweigt und zu deren nachträglichen Angabe erst durch die Drohung von Nachforschungen bei den Kunden bewogen werden kann, so liegt hierin eine so schwere Pflichtverletzung, daß dem Geschäftsherrn eine Fortsetzung des auf gegenseitiges Vertrauen gegründeten Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, der Geschäftsherr vielmehr berechtigt ist, dasselbe ohne weiteres aufzulösen.

Mit der Behauptung, er habe sich zur Zurückbehaltung der verheimlichten Beträge berechtigt gehalten, weil ihm in der Höhe derselben Gegenforderungen an den Geschäftsherrn zugestanden haben, kann der Agent, selbst wenn diese Behauptung richtig wäre, seine Handlungsweise nicht entschuldigen. Denn unter allen Umständen er-

fordert die dem Geschäftsherrn geschuldete Treue, daß der Agent demselben in seinen jeweiligen Rechnungsablegungen die eingegangenen Gelder vollständig angiebt.
(1. Dez. 1900, Coeytaux c. Frey.) Nr. I u. II aus der Revue der Gerichtspraxis des Bundescivilrechts. Bd. XIX. Nr. 6 u. 8.

III. Maklervertrag.

Voraussetzungen des Provisionsanspruches des Maklers. Art. 405 O.-R. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen der Thätigkeit des Maklers, durch die Bethätigung eines Dritten. — Arglistige Unterbrechung durch den Auftraggeber, Art. 176 Obl.-R. — Anspruch auf einen Teil der Provision bei selbständigem Wirken mehrerer Makler; Verneinung.

1. Der von den Parteien abgeschlossene Maklervertrag ist nach dem Inhalte der zwischen ihnen gewechselten Korrespondenz dahin gegangen, daß der Kläger C. F. Bruppacher-Grau den Kaufsabschluss betr. die Liegenschaft des Beklagten, R. Ulrich, herbeizuführen habe. Thatsächlich nun hat der Kläger sich zwar mit verschiedenen Personen, die er für kauflustig hielt, in Verbindung gesetzt, und er hat auch eine Unterredung mit demjenigen, der nachher wirklich Käufer geworden ist, gehabt; allein der Kaufsabschluß, der Consens der Kontrahenten über die essentialia des Kaufgeschäftes, ist festgestelltermaßen nicht durch den Kläger, sondern durch einen andern Agenten, Schenitza, an den der Beklagte den kauflustigen Arnold gewiesen hatte, herbeigeführt worden. Es fragt sich daher, ob der Kläger unter diesen Umständen Anspruch auf Maklergebühr besitze.

2. Nach schweiz. O.-R., Art. 405, kommen für den Maklervertrag, besondere Bestimmungen der kantonalen Gesetze vorbehalten, die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Danach ist aber konkret, aus dem speziellen Vertrage, und subsidiär aus allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, durch welche Thätigkeit die Maklergebühr verdient ist. Da vorliegend spezielle Vertragsbestimmungen nicht vorhanden sind, haben die allgemeinen den Maklervertrag beherrschenden Grundsätze Platz zu greifen.

Hienach hat der Makler dann auf Lohn (Provision) Anspruch, wenn er den beabsichtigten Endzweck, zu dem der Maklervertrag abgeschlossen wurde, herbeigeführt hat; vorliegend also dann, wenn der Kaufabschluß auf seine Thätigkeit zurückzuführen ist, mit ihr in ursächlichem Zusammenhange steht (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 30. Dez. 1895 i. S. Fritschi c. Blinde, A. S. XXI. S. 1242 Erw. 4.)

Diese Voraussetzung des Anspruches auf die Provision ist nun vom Kläger nicht erfüllt worden. Zwar wird anzunehmen sein, daß der Brief des kauflustigen Arnold auf die Unterredung, die er einige Tage vorher mit dem Kläger hatte, zurückzuführen ist. Hat so der Kläger zwar eine Bedingung zu dem nachherigen Abschlusse des Kaufvertrages gesetzt, so hat doch seine Thätigkeit hier ein Ende gefunden und sind die weitern, entscheidenden Bedingungen ohne sein Zuthun gesetzt worden; es ist m. a. W. der Kausalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und dem nachherigen Kaufabschlusse unterbrochen worden. Unter diesen Umständen aber kann nach dem oben Gesagten von einem Anspruche auf Provision keine Rede sein, wenn derselbe nicht aus dem Gesichtspunkte der Arglist begründet erklärt werden muß, oder wenn er nicht als Teilungsanspruch gutzuheißen ist.

3. Was nun zunächst die Arglist des Promittenten betrifft, so ist allerdings richtig, daß die Provision dann geschuldet wird, wenn der Promittent arglistig die Thätigkeit des Maklers gehindert oder unterbrochen hat (s. Urteil des B. G. v. 9. Juni 1900 i. S. Ducolomb c. Fischer, A. S. XXVI, 2. Teil, S. 350); es ist dies ein aus allgemeinen Erwägungen hergeleiteter Rechtsgrundsatz, der in Art. 176 O. R. in einer speziellen Anwendung zum Ausdrucke kommt. (Folgt die Ausführung, daß ein derartiges arglistiges Benehmen des Auftraggebers nicht erwiesen sei.)

4. Zu erörtern bleibt noch die Frage, ob der Kläger einen Teil der Provision verlangen kann. Die erste Instanz hat dies im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichtes vom 29. Dezember 1894 i. S. Fournaise c. Perrottet (A. S. XX. S. 1131 ff.) bejaht, die zweite Instanz dagegen hält einen solchen Teilungsanspruch nicht für begründet. Es folgt nun im allgemeinen schon aus den in Erw. 2 niedergelegten Grundsätzen, daß ein Anspruch auf Teilung der Provision im Falle des selbständigen Wirkens mehrerer Makler nicht besteht (vgl. auch Entw. I des deutschen B. G. B. § 580 u. Motive dazu Bd. II S. 512; ferner deutsches B. G. B. § 652.) Allein auch aus Erwägungen wirtschaftlicher Natur, aus der Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse des Lebens ergiebt sich, daß es richtiger ist und dem Wesen des Maklervertrages mehr entspricht, eine Teilung des Provisionsanspruches beim selbständigen Handeln mehrerer Makler nicht eintreten zu lassen. Dadurch wird der Eifer der Makler, im Interesse des Auftraggebers zu handeln, wesentlich erhöht, da alsdann auch ihr eigenes ökonomisches Interesse sie zu intensiver Thätigkeit treibt; während andernfalls — wenn jeder Makler, der irgendwie thätig gewesen ist, einen Teil der Provision fordern könnte — der Eifer der Makler gelähmt würde und zudem unlauteren Machenschaften zwischen ihnen die Thüre geöffnet wäre. Diese Auffassung entspricht aber auch insofern dem Wesen des Maklervertrages, als sie dem aleatorischen Moment, das in ihm enthalten ist, Rechnung trägt: vielen erfolglosen Bemühungen steht im Falle des Gelingens der Vermittlung eines Geschäftes ein Lohn gegenüber, der im Verhältnisse zur aufgewendeten Arbeit und Mühe meist als ein unverhältnismäßig hoher bezeichnet werden darf. Endlich ist nicht zu übersehen, daß sich jeder Makler den Ersatz seiner Aufwendungen und einen geringen Entgelt für seine Bemühungen durch ausdrückliche Vereinbarung versprechen lassen kann und daß ihm auf diesem Wege ein Schutz gegen Benachteiligung ermöglicht ist.

(Ch. F. Bruppacher-Grau c. R. Ulrich, 22. Sept. 1900.)

IV. Gerichtsstand.

Art. 59 der Bundesverfassung. Vollstreckung ausländischer Civilurteile. Art. 59 findet auch auf internationale und nicht nur interkantonale Beziehungen Anwendung. Aus der Vereinbarung eines Erfüllungsortes folgt nicht ohne weiteres die Vereinbarung eines Gerichtsstandes an diesem Orte.

Durch Versäumnisurteil der 6. Kammer für Handelssachen des kgl. Landgerichtes I in Berlin vom 3. April 1900 wurde die in Zürich wohnhafte Rekurrentin M. Bohensky & Cie. verurteilt, an die Klägerin 1018 Mark nebst 4 % Zinsen seit 1. Januar 1900 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreites zu tragen; letztere wurden am 4. Mai gleichen Jahres auf 82 M. 79 Pf. festgesetzt. Gestützt auf dieses rechtskräftig gewordene, mit Vollstreckungsvermerk versehene Urteil hat der Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich mit Verfügung vom 9. August 1900 der Rekursbeklagten definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 1376. 85 nebst Zins zu 5 % seit 3. April 1900 und Accessorien erteilt. In dieser Verfügung wird ausgeführt, die Zuständigkeit des Berliner Richters ergebe sich aus dem Vermerke auf der Faktur: „Zahlungs- und Erfüllungsort Berlin"; Berlin sei somit vereinbarter Gerichtsstand, so daß Art. 59 B. V. von der Rekurrentin nicht angerufen werden könne. Die Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich hat zwar die von der Rekurrentin gegen diese Verfügung ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, da keiner der im Gesetze gegenüber den Rechtsöffnungsentscheiden vorgesehenen Nichtigkeitsgründe vorliege; sie führt aber zugleich aus, daß bei Anwendbarkeit der Ziffern 7 und 9 von § 704 Zürch. Rechtspflegegesetz (offenbar aktenwidrige thatsächliche Annahmen und offenbarer Widerspruch mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung) der Entscheid anders hätte ausfallen müssen: Die Annahme des Audienzrichters, die Rekurrentin habe sich mit dem Gerichtsstande Berlin einverstanden erklärt, sei rein willkürlich, und der Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes sei ausgeschlossen durch Art. 59 B. V.

Nunmehr hat die Rekurrentin mit Eingabe vom 22. September 1900 den Weg des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 59 B. V. ergriffen, mit dem Antrage: Die vom Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich verfügte Rechtsöffnung sei aufzuheben und die pendeante Betreibung zu sistieren. Sie bemerkt dabei speziell, der einseitige Vermerk auf der Faktur, daß der Gerichtsstand in Berlin sei, vermöge diesen Gerichtsstand nicht zu begründen.

Die Rekursbeklagte macht unter Berufung auf das bundesgerichtliche Urteil vom 3. Juni 1878 in Sachen Kobelt geltend, Art. 59 B. V. könne gegenüber den Urteilen ausländischer Gerichte nicht zur Anwendung gebracht werden, und führt im fernern aus, eine Anerkennung des Gerichtstandes Berlin liege in der Annahme der Bestellscheine, die den Vermerk tragen: „Zahlungs- und Erfüllungsort Berlin", eventuell in der Unterlassung eines Protestes gegen den Vermerk auf der Faktur, daß in Berlin der Gerichtsstand sei.

Das Bundesgericht hat den Rekurs gutgeheißen.

Gründe:

1. Mit Unrecht beruft sich die Rekursbeklagte zur Begründung ihres Antrages auf Abweisung des Rekurses auf das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Kobelt (A. S. IV S. 227), wo ausgesprochen war, daß Art. 59 B. V. nur eine Schranke für die Gesetzgebung der Kantone bilde und nur interkantonale Bedeutung habe, in internationalen Beziehungen dagegen keine Anwendung finde. Diese frühere Praxis des Bundesgerichts ist mit Urteil vom 9. Februar 1899 i. S. Espanet c. Sève (A. S. XXV, 1. T. S. 93 Erw. 2.) verlassen worden, unter eingehender Begründung, und es genügt hier, zur Widerlegung der Rekursbeklagten auf jenes Urteil zu verweisen.

2. Im weitern ist allerdings richtig, daß Berlin von den Parteien als Erfüllungsort vereinbart wurde (vgl. den Vermerk auf den Bestellscheinen). Allein aus der Vereinbarung eines Erfüllungsortes folgt keineswegs auch ohne weiteres die Vereinbarung eines Gerichtsstandes an diesem Ort, wie das Bundesgericht ebenfalls schon mehrfach auszusprechen Gelegenheit hatte (vgl. A. S. XXVI, 1 T. S. 185). Art. 59 B. V., der, wie in Erw. 1 bemerkt, auch gegenüber ausländischen Urteilen dann, wenn es sich um deren Vollstreckung in der Schweiz handelt, angerufen werden kann, steht dem allgemeinen Gerichtsstande des Erfüllungsortes, wie er allerdings der deutschen C. P. O. für Klagen aus vertraglichen Ansprüchen bekannt ist (§ 29 eod.) entgegen; und gerade aus diesem Grunde ist nicht zu vermuten, daß die Vereinbarung eines Erfüllungsortes auch den Verzicht auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand des Wohnsitzes bedeute; dieser Verzicht müßte vielmehr ausdrücklich ausgesprochen sein oder aus den begleitenden Umständen mit Notwendigkeit erhellen. In concreto kann umsoweniger auf Vereinbarung des Gerichtsstandes Berlin geschlossen werden, als nach § 39 der C. P. O. stillschweigende Vereinbarung dann anzunehmen ist, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, und nun die Rekurrentin festgestelltermaßen gegen die Verhandlung der Sache in Berlin protestiert und in schriftlicher Eingabe (die allerdings nach deutschem Civilprozeß nicht zu berücksichtigen war) die Unzuständigkeit der Berliner Gerichte behauptet hat.

3. Wieso aus dem Vermerk auf der Faktur, wo allerdings Berlin als Gerichtsstand bezeichnet ist, etwas gegen die Rekurrentin hergeleitet werden könnte, ist unerfindlich. Die Faktur bildet nicht einen Bestandteil des Vertrages, sie ist der Rekurrentin erst nach Abschluß desselben zugesandt worden. Die durchaus einseitige Vermerkung „Gerichtsstand Berlin" konnte die Rekurrentin in keiner Weise verpflichten, nicht einmal zu einem Protest, so daß aus einer Unterlassung des letztern keineswegs auf eine nachträgliche Anerkennung bezw. Vereinbarung des Gerichtsstandes Berlin und damit auf einen Verzicht auf den natürlichen Richter geschlossen werden darf.

(Bohensky & Cie. c. Lennig & Jatzky, 7. Nov. 1900.)

Handelsgericht Zürich.

26. November 1900.

A. Wegmann c. Allgemeine Carbid- und Acetylen-Gesellschaft.

Erfindungsschutz.

Patent für einen Generator zur Herstellung von luftfreiem Acetylen mittelst Carbid und Wasser, unter Ausscheidung der dem Carbid anhaftenden Luft vor dessen Eintritt in den Entwickler, mittelst schräger Carbideinführungsrohre und schrägen Gleitflächen im Generator. Nichtigkeitsklage wegen Nichtneuheit und mangels eines erfinderischen Gedankens (bloße technische Geschicklichkeit). — Maßgebend für den Patentgegenstand ist der ganze Inhalt der Patentschrift. — Nichtneuheit: Patentschriften, Fachschriften. Inwiefern sind Wasserverschlüsse neu und eine Erfindung? — Unvollkommene Lösung des Erfindungsproblems, gewerbliche Verwertbarkeit. — Bloß beispielsweise Angabe des Erfindungsgegenstandes, Vorbehalt von Verbesserungen. — Teilweise Nichtigerklärung eines Patentes. — Deutsch-schweizerisches Übereinkommen vom 13. April 1892 betr. gegenseitigen Patentschutz u. s. w. Dreimonatliche Sperrfrist, bei Patentanmeldung im einen Vertragsstaat für eine identische im andern. Persönliche Requisite, Erfordernis ihrer Fortdauer während der Frist? Unter der Voraussetzung der spätern Erteilung eines Patentes im einen Vertragsstaat wird das Prioritätsrecht im andern Vertragsstaat nicht alteriert durch nachträgliche Beschränkung des ersten Patentes.

Anfangs 1896, zur Zeit, als die Acetylenindustrie noch in ihren Anfängen lag, erkannte Professor R. P. Pictet in Genf auf Grund seiner Forschungen, daß die zahlreichen Explosionen, welche sich damals bei der Erzeugung von Acetylen ereigneten, ihren Grund darin hatten, daß dem Acetylen bei der Herstellung aus Calciumcarbid mit Wasser auf Grund der bisherigen Fabrikationsmethode Luft in unstatthaftem Maße beigemengt werde, indem diese den genannten Effekt dann verursache, wenn infolge Verwendung unreinen Calciumcarbides Phosphorwasserstoff ausgeschieden werde und mit der Luft in Berührung komme. Im weitern entdeckte er, daß die Beimengung von Luft zum Acetylen infolge einer Abscheidung von Kohle die Helligkeit der Flamme beeinträchtige.

Am 10. Februar 1896 meldete Pictet, damals in Berlin domiziliert, beim deutschen Patentamt ein Patent für einen Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen an, das ihm vom genannten Amt im März 1898, mit Kraft vom Datum der Anmeldung an, unter No. 98142 erteilt wurde. — Der Patentanspruch lautet auf einen „Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen, dadurch gekennzeichnet, dass die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklungsgefäßes münden". — Die Patentbeschreibung weist zunächst auf die oben erwähnten Nachteile der bisherigen Herstellungsverfahren von Acetylen aus Calciumcarbid und Wasser, wegen der dabei erfolgenden Luftentwicklung hin und erklärt sodann: „Zur Vermeidung des erwähnten Übelstandes dient der vorliegende Apparat, der die Gewinnung von luftfreiem Acetylen bezweckt. Das Calciumcarbid wird nicht mehr, wie bisher, in freiem Falle in das zur Entwicklung des Acetylens dienende Wasser geführt, vielmehr gelangt dasselbe durch ein unterhalb der Wasseroberfläche mündendes Rohr in das Entwicklungsgefäß, so daß die beim Eintreten des Carbides in das Wasser aus dessen Zwischenräumen verdrängte Luft im Gemisch mit Acetylen nach außen entweicht. — Der Apparat besteht aus einem Entwicklungsgefäß nach bekannter Form, an dessen Seitenwandungen schräg nach oben gerichtete, eventuell mit Fülltrichtern versehene Rohre zur Einführung des Calciumcarbides angebracht sind. Diese Rohre münden unterhalb der Wasseroberfläche in den Apparat. Unterhalb der Mündung befindet sich im Innern des Entwicklungsgefäßes ein abgestumpfter Kegel, auf welchem das Carbid nach der Mitte des Gefäßes gleitet."

Dr. A. Stern in Charlottenburg erhob gegen dieses Patent beim deutschen Patentamte die Nichtigkeitsklage, indem der Patentgegenstand zur Zeit der Patentanmeldung nicht neu gewesen sei und keinen Erfin-

dungsgedanken enthalte. In ersterer Hinsicht brachte er vor, schon die bisher gebräuchlichen Apparate zur Gewinnung des Phosphorwasserstoffes seien mit schrägen Einlaufrohren für das Calcium-Phosphit versehen, ebenfalls behufs Beseitigung der Explosionsgefahr; ein derartiger Apparat sei z. B. in Graham-Ottos Lehrbuch der Chemie, 1881, 2. Abtlg., S. 311, dargestellt und in Roscoe-Schorlemers Lehrbuch der Chemie 1895, Bd. I, S. 415, beschrieben. Weiter sei im Knapp'schen Lehrbuch (3. Aufl. Bd. 1, Abtlg. 2, S. 111) ein Borsäureapparat dargestellt und beschrieben, bei welchem ein durch den Deckel der Kufe gehendes, unter den Spiegel der Flüssigkeit tauchendes Rohr zum Eintragen der Soda und der Borsäure, und ein zweites durch den Deckel gehendes Rohr zur Abführung der während der Auflösung sich entwickelnden Gase bestimmt sei. Es habe nun außerordentlich nahe gelegen, den für die Erzeugung von Calcium-Phosphit bekannten Apparat auch für die Herstellung von Calciumcarbid anzuwenden und ihm die von Pictet gewählte Form zu geben, bezw. die bei andern Gasentwicklern bekannten unter Wasser mündenden Einführungsrohre für zur Gasbildung dienende Feststoffe auf Acetylen-Entwickler zu übertragen; diese Neuerung habe sich beim Stande der Technik fast von selbst ergeben. Überdies seien Wasserverschlüsse von der im Patentanspruch angegebenen Art bei Gasentwicklern allgemein üblich gewesen. — Die Allgemeine Carbid- und Acetylen-Gesellschaft in Berlin, an welche Pictet das Patent inzwischen abgetreten, wendete ein: Bei freiem Fall des Carbides in den Generator würde ein mit der Grösse der Fallgeschwindigkeit wachsendes Quantum Luft in das Entwicklungsgefäß mit hineingelangen; mit den patentierten schrägen Gleitflächen im Innern des Gefäßes (Conus) werde nun eine Verlängerung des Weges des Carbides bezweckt. Pictet habe zuerst den schädlichen Einfluß der Luft im Acetylen erkannt, und seine Idee, luftfreies Acetylen zu erzeugen, habe um so mehr Bedeutung, als gerade damals Vorschläge gemacht worden seien, die auf eine künstliche Beimischung von Luft zum Acetylen hinausgelaufen seien; seine Neuerung habe denn auch bahnbrechend gewirkt. Schon die Anwendung des von Graham-Otto und Roscoe-Schorlemer beschriebenen Apparates auf die Herstellung von Acetylen würde daher einen erfinderischen Gedanken enthalten. Im übrigen habe bei jenem Apparat nicht das nur oben in das Wasser hineinragende Rohr, sondern der besonders eingeleitete Wasserstoff den Zweck der Fernhaltung des Luftsauerstoffes und es fehlen auch die schrägen Gleitflächen.

Das deutsche Patentamt beschränkte mit Urteil vom 29. Juni 1899 den Patentanspruch auf folgende Fassung: „Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen, dadurch gekennzeichnet, daß die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklungsgefäßes schräg einmünden."

Mit Urteil vom 21. Februar 1900 erweiterte dann aber das deutsche Reichsgericht den Patentanspruch auf einen „Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen, dadurch gekennzeichnet, daß die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels schräg einmünden und sich unterhalb der Mündung im Innern des Entwicklungsgefäßes schräge Gleitflächen befinden, auf welchen das Calciumcarbid nach der Mitte des Gefäßes gleitet."

Zur Begründung führte es u. a. aus: Für die Aufrechterhaltung des Patentes sei entscheidend, daß dabei der Luft ein Entweichungsweg eröffnet werde, der verschieden sei von dem Weg, den das sich entwickelnde Acetylengas nehme. Dies werde indes nicht schon allein durch die Einmündung der Rohre unter dem Wasserspiegel ermöglicht (die als solche nichts Neues sei), sondern speziell durch die in der Patentbeschreibung und Patentzeichnung in dieser Hinsicht genügend hervorgehobene Anordnung schräg nach oben gerichteter Rohre, sowie der schrägen Gleitflächen im Innern des Entwicklungsgefäßes (Conus), auf denen das Carbid nach der Mitte des letztern geleitet werde, so daß das Acetylengas hier aufsteige, während die aus den Zwischenräumen der Carbidstückchen beim Eintauchen ins Wasser verdrängte Luft seitlich durch die Rohre nach außen ent-

weiche. Auf diese beiden Konstruktionselemente sei daher das Patent zu beschränken. Die vom Patentamt vorgenommene Begrenzung desselben auf die schrägen Gleitflächen der Zuführungsrohre setze dem Patent zu enge Grenzen; vielmehr seien auch die einen ganz wesentlichen Teil der Einrichtung bildenden schrägen Gleitflächen im Innern des Generators (abgestumpfter Kegel) zu schützen, auf welche der Patentanmelder in den Verhandlungen ausdrücklich hingewiesen habe.

Am 3. Juni 1898 hatte inzwischen J. R. Pictet, nun in Paris, beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum ein Patent für einen Apparat zur Herstellungvon luftfreiem Acetylen angemeldet, das ihm in der Folge unter No. 16950 erteilt wurde. Dasselbe lautet beinahe wörtlich gleich wie das obgenannte deutsche Patent No. 98142 in seiner ursprünglichen vom Patentamt am 16. März 1898 bewilligten Fassung und unterscheidet sich von diesem nur durch den in der Patentbeschreibung aufgenommenen Zusatz, dass die Patentzeichnung eine beispielsweise Ausführungsform des Erfindungsgegenstandes darstelle.

Am 3. Mai 1899 trat J. R. Pictet auch dieses Patent der Allgem. Carbid- und Acetylen- Gesellschaft ab.

A. Wegmann in Zürich, welcher ebenfalls derartige Apparate konstruiert, verlangte im Prozeßwege, daß das schweiz. Patent No. 16950 als nichtig erklärt werde, indem der Patentgegenstand zur Zeit der Patentanmeldung nicht mehr neu gewesen sei. Der Patentgegenstand sei vor der Patentanmeldung im Sinne des Art. 2 des Pat. Ges. bekannt geworden durch das von E. W. Hopkins in Berlin auf seine Anmeldung vom 19. September 1896 am 31. Januar 1897 eingetragene und am 31. März gl. J. publizierte schweiz. Patent Nr. 12865 für einen „Acetylen-Gasentwickler", denn das wesentliche des spätern streitigen Patentes sei schon hier enthalten gewesen. Die Konstruktion Pictet sei bei der Patentanmeldung ferner überhaupt nicht mehr neu gewesen.

Die schräge Anordnung der Gleitflächen, sowohl im Beschickungsrohr, als auch im Innern des Entwicklungsgefäßes, stelle sich im weitern gar nicht als Erfindung dar; denn sie sei bloß das Erzeugnis technischer Geschicklichkeit; Eventuell sei das Patent jedenfalls nach Maßgabe des Urteils des deutschen Reichsgerichtes einzuschränken. Auch auf Grund der thatsächlichen Feststellungen des deutschen Reichsgerichtes sei aber das Patent im ganzen Umfange als nichtig zu erklären, die Auffassung, daß das reduzierte Patent Gegenstand einer patentfähigen Erfindung ausmache, sei für das Handelsgericht nicht verbindlich.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und bestritt die behaupteten Nichtigkeitsgründe, zunächst die Nichtneuheit des Patentgegenstandes. Das Patent Hopkins falle außer Betracht, da das streitige Patent mit dem deutschen Patent No. 98142 kongruent sei, die Beklagte resp. ihr Rechtsvorfahr aber mit der dortigen Patentanmeldung vom 11. Februar 1896, also vor der am 19. September 1896 erfolgten Anmeldung des Patentes Hopkins, gemäß Art. 3 des Übereinkommens zwischen der Schweiz und Deutschland vom 13. April 1892 betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz (A. S. N. F. Bd. XIV S. 375) ein Prioritätsrecht für die Patentierung auch im Gebiete der Schweiz für die Dauer von 3 Monaten, und zwar gemäß Art. 4 lit. b von der auf die erste Anmeldung hin erfolgten Erteilung des Patentes, also vom 16. März 1898 an, erworben habe, die Patentanmeldung in der Schweiz aber vor dem Ablauf dieser Frist erfolgt sei. Dieses Prioritätsrecht sei selbständig und nicht bedingt durch das weitere Schicksal des deutschen Patentes, durch die gerichtliche Einschränkung des letztern werde daher hieran nichts geändert.

Indes sei das streitige Patent bezw. dessen Gegenstand mit dem Patent Hopkins durchaus nicht identisch, sondern auch im Verhältnis zu diesem neu. Weiter werde bestritten, daß der streitige Patentgegenstand zur Zeit der Patentanmeldung in Deutschland am 11. Februar 1896, worauf es ankomme, sonstwie nicht mehr neu gewesen sei; die Einschränkung des deutschen Patentes durch das deutsche Reichsgericht sei für die hiesigen Gerichte in keiner Weise verbindlich; eventuell aber müßte das schweizerische Patent wenigstens

in dem durch das Reichsgericht für das deutsche Reich anerkannten Umfang geschützt werden.

Der Kläger hat noch eingewendet, das Übereinkommen mit dem deutschen Reiche finde im vorliegenden Falle keine Anwendung, weil J. R. Pictet nicht Deutscher sei und zur Zeit der Patentanmeldung in der Schweiz nicht mehr in Deutschland, aber auch nicht in der Schweiz, sondern in Frankreich gewohnt habe. Um sich die Priorität zu wahren, hätte Pictet gemäß III des Schlußprotokolles zu Art. 4 des Übereinkommens unmittelbar nach Erlangung des deutschen Patentes die angebliche Erfindung auch in der Schweiz zum Patent anmelden müssen. Da dies nicht geschehen, habe er lediglich gemäß Art. 32 Abs. 2 des Pat. Ges. für die Dauer von 7 Monaten, vom Datum des deutschen Patentes an, ein Prioritätsrecht für die Patentanmeldung in der Schweiz gehabt; diese Frist habe er indes versäumt.

Das Gericht ersuchte Dr. Lunge, Professor am eidg. Polytechnikum in Zürich um ein Gutachten über die Fragen:

a) War die im schweizerischen Patent No. 16950 niedergelegte Erfindung am 11. Februar 1896 neu im Sinne des Art. 2 des schweiz. Pat. Ges.?

b) Enthalten die im genannten Patent beanspruchten schrägen Gleitflächen einen erfinderischen Gedanken? —

Der Experte erklärte: Zweck des streitigen Patentes sei, wie die Patentbeschreibung und Zeichnung zeigen, die Herstellung von luftfreiem Acetylen durch Schaffung zweier getrennter Wege, unter Benutzung des Naturgesetzes, daß Luft und Gase im Wasser senkrecht in die Höhe steigen, und zwar des einen Weges für die in den Poren der Carbidstückchen enthaltene Luft, indem der Generator, in welchen das Carbid zur Entwicklung von Acetylengas einzuführen sei, mit einem schrägen Einführungsrohr mit Wasserverschluß versehen sei, — und den zweiten Weg für das im Entwickler erzeugte Gas, da dieses auf dem abgestumpften Kegel in die Mitte des Gefäßes geleitet werde und hier aufsteige.

In der Anordnung der schrägen Gleitfläche der Einführungskanäle für das Calciumcarbid zum genannten Zwecke liege ein am 11. Februar 1896 neuer erfinderischer Gedanke. Indes werde jener Zweck, wenigstens bei der Anordnung der in der Zeichnung gezeigten Konstruktion, nur höchst unvollkommen erreicht, da das Wasser auf dem kurzen Wege, den diese schrägen Gleitflächen bilden, nicht Zeit finde, in alle Poren des Carbides einzudringen, so daß die Luft zum größern Teil in diesen verbleibe und sich dem Acetylengas beimische; würde aber die schiefe Gleitfläche, um hiefür mehr Zeit zu gewinnen, sehr lang und weniger steil konstruiert, so würde die entweichende Luft schon viel Acetylen nach außen führen, was Verlust an solchem, übeln Geruch und Feuers-bezw. Explosionsgefahr zur Folge hätte. Möglicherweise konstruiere aber Pictet diese schrägen Einführungsrohre, um den Zweck besser zu erreichen — unter Aufnahme neuer Erfindungsgedanken — anders als in der Zeichnung angegeben, dies wäre indes im Widerspruch mit Art. 10 Ziff. 4 des Pat. Ges., wonach die Darlegung der Erfindung Sachverständigen deren Ausführung ermöglichen müsse.

Die schräge Gleitfläche im Innern des Generators (Conus) könne lediglich den Zweck haben, die Anhäufung des Calciumcarbids an den Wandungen des Apparates zu verhüten, da durch solche bei niedrigen Gefäßen, wie dem in der Patentzeichnung dargestellten, in Bälde eine Verstopfung der seitlichen Einführungskanäle herbeigeführt würde. Diese Konstruktion sei indes eine ganz selbstverständliche Einrichtung, ohne welche ein derartiger niedriger Apparat gar nicht gebrauchsfähig wäre; bei schmalen und tiefen Gefäßen könne sie auch ohne weiteres wegfallen. Mit dem Erfindungsgedanken haben diese innern schrägen Gleitflächen gar nichts zu thun, da das im Innern des Generators entwickelte Gas, vermöge seines senkrechten Aufsteigens überhaupt nicht in die seitlichen Kanäle gelangen könne.

Der Patentanspruch darauf, daß die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklungsgefäßes einmünden, könne nicht geschützt werden, zunächst weil diese Formulierung viel zu weit sei und überhaupt

alle Wasserverschlüsse umfasse, ohne Rücksicht auf den damit verfolgten Zweck. Im weitern seien die Wasserverschlüsse für die Einführungskanäle bei Gasentwicklungsgefäßen am 11. Februar 1896 schon viele Jahre als Gemeingut der Wissenschaft und Technik bekannt gewesen, sowohl mit Bezug auf flüssige als feste Substanzen, und zwar zur Verhinderung des Entweichens des im Generator gebildeten Gases. So sei vom Experten in seinem Handbuch der Sodaindustrie (1. Aufl. 1879 Bd. II 1884) ein Apparat zur Erzeugung von chlorsaurem Kalk angegeben worden, wobei der Kalk in fester Form unter dem Wasserspiegel eingeführt werde. Derartige Wasserverschlüsse seien eine selbstverständliche Einrichtung, die, — sobald einmal die erst 1896 einen größern Kreis interessierende Aufgabe gestellt gewesen sei, Acetylen durch Einwerfung von Calciumcarbid im Wasser zu entwickeln, — sich für jeden Praktiker sofort habe ergeben müssen und daher keine erfinderische Idee genannt werden könne. — Im weitern gehe der Patentanspruch auf „Einführungskanäle unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklungsgefäßes" auch insofern über den im Patentanspruch angegebenen Zweck der Erfindung, die Herstellung von luftfreiem Acetylen hinaus, als das genannte Mittel für sich allein jenen Zweck verfehlen würde, nämlich bei jeder Konstruktion des Wasserverschlusses, wobei die Luft nach innen entweichen könnte. Beim streitigen Apparat werde der genannte Zweck durch die Schräglage der Einführungskanäle erreicht, aber dies sei im Patentanspruch nicht erwähnt, während in demselben mindestens hierauf hingewiesen sein müsste. In den englischen Patentschriften enthalte der Anspruch regelmäßig einen solchen Hinweis auf die Patentbeschreibung, andernfalls würde der Richter oft finden, daß der Anspruch die Grenzen der Erfindung über deren eigentliches Wesen ungebührlich hinausschiebe; in Deutschland und Nordamerika werde sogar verlangt, daß der Anspruch alle wesentlichen Teile der Erfindung widerhole.

Das angefochtene Patent No. 16950 wurde vom Handelsgericht insoweit als zu Recht bestehend erklärt, als es die schräge Einführung der Kanäle für das Calciumcarbid zum Gegenstand habe, im übrigen wurde das Nichtigkeitsbegehren gutgeheissen.

Gründe:

1. Das Klagebegehren auf Nichtigerklärung des der Beklagten zustehenden schweizerischen Patentes No. 16950 stützt sich einerseits darauf, daß der Gegenstand dieses Patentes zur Zeit seiner Anmeldung nicht mehr neu gewesen sei, was in Art. 10 Ziff. 1 des Pat. Ges. als Nichtigkeitsgrund erklärt ist und anderseits darauf, daß der Patentgegenstand keinen erfinderischen Gedanken enthalte, und durch die Gerichtspraxis ist festgestellt, daß auch in diesem letztern Falle, obschon das Gesetz hierüber schweigt, das Patent als nichtig erklärt werden müsse. (Bundesger. Entsch. Bd. XXVI S. 232 Erw. 2, Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX S. 9 Erw. 1 und die dort angeführten Entscheidungen, s. a. Kohler, Patentrecht 1900 S. 352).

Für die Nichtneuheit des streitigen Patentgegenstandes hat der Kläger sich in erster Linie auf das schweizerische Patent Hopkins No. 12865 vom 19. September 1896 berufen, welches am 31. März 1896 publiziert wurde, also geraume Zeit vor der am 3. Juni 1898 erfolgten Anmeldung des streitigen Patentes, und es steht ja nach der Gerichtspraxis außer Zweifel, daß bei einer schon in herausgegebenen Patentschriften, zumal solchen des Inlandes, veröffentlichten Erfindung nicht mehr von Neuheit die Rede sein kann. (Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVII S. 242 Erw. 6 und die dortigen Präjudikate). Der Gerichtsexperte hat nun erklärt, daß das Patent Hopkins seinem Inhalte nach dem streitigen „unleugbar" sehr nahe stehe, so daß der von der Beklagten erhobene Einwand geprüft werden muß, der dahin geht, dieses Patent falle hiebei mit Rücksicht auf das von ihr diesfalls angerufene Übereinkommen mit Deutschland außer Betracht.

2. Durch das genannte Übereinkommen wird, unter den dort bezeichneten Voraussetzungen, an die Patentanmeldung im einen

Vertragsstaat zu Gunsten des Anmelders eine Sperrfrist und ein Prioritätsrecht für eine übereinstimmende Patentanmeldung im andern Vertragsstaat geknüpft. Der Kläger behauptet indes, daß die dabei geforderten Requisite im vorliegenden Falle, mit Bezug auf die Beklagte bezw. deren Rechtsvorfahren nicht erfüllt seien, daß es nämlich an den persönlichen Voraussetzungen der Anwendung des Übereinkommens fehle, indem Pictet, der am 10. Februar 1896 ein kongruentes Patent in Deutschland angemeldet habe, nicht Deutscher sei und sodann bei der spätern Patentanmeldung in der Schweiz nicht mehr in Deutschland und auch nicht in der Schweiz gewohnt habe. Diese Argumentation kann aber nicht als zutreffend erachtet werden. Im Art. 3 des Übereinkommens ist mit Bezug auf die hier für eine angemeldete Erfindung statuierte Sperrfrist für das Gebiet des andern Vertragsstaates nichts gesagt über die Personen, denen dieselbe zu gute kommen solle, vielmehr lautet diese Bestimmung ganz allgemein. Art 1 des Übereinkommens erklärt sodann lediglich, daß die Angehörigen des einen vertragsschließenden Staates im Gebiete des andern ganz dieselben Rechte wie die eigenen Angehörigen genießen sollen, wobei aber laut Art. 2 den Staats- „Angehörigen" im Sinne der Vereinbarung die in einem Vertragsstaat domizilierten Personen gleichgestellt sind. Art. 1 fügt somit der allgemein lautenden Bestimmung des Art. 3 nicht eine persönliche Beschränkung bei, sondern verstärkt sie im Sinne der Zusicherung der Rechtsgleichheit für die Angehörigen der beiden Vertragsstaaten. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall soll das aus einer deutschen Patentanmeldung laut Art. 3 folgende Prioritätsrecht für den Patenterwerb in der Schweiz gemäß Art. 1 nicht etwa dadurch beeinträchtigt werden können, daß es sich dabei um einen Angehörigen des einen Vertragsstaates handelt, der im Gebiete des andern das Patentrecht nachsucht. Wäre Pictet, der das deutsche Patent anmeldete, Deutscher gewesen, so könnte er sich demnach unzweifelhaft auf das Übereinkommen berufen; daß ihm aber die nämliche Rechtsstellung auch in seiner Eigenschaft als damals in Deutschland wohnender Schweizer zukommt, ergiebt sich zunächst aus der Gleichstellung der in Deutschland domizilierten Personen mit den Angehörigen dieses Staates (Art. 2 des Übereinkommens), sodann aber auch daraus, daß die Willensmeinung des Übereinkommens, welche ausdrücklich die Angehörigen des andern Vertragsstaates schützt, um so mehr und selbstverständlich dahin gehen muß, denjenigen des eigenen Landes nicht mindere Rechte einzuräumen.

Auch die Auffassung des Klägers, daß die eben erörterten persönlichen Bestimmungen über die Anwendung des Übereinkommens die in Art. 3 desselben vereinbarte Schutzfrist nur dann begründen können, wenn diese in Art. 1 genannten Voraussetzungen bis zum Ende der Frist fortdauern, findet im Wortlaute des Übereinkommens keinen Anhaltspunkt und ergiebt sich ebensowenig aus dem Sinn und Geist desselben. Art. 3 verbindet mit der Patentanmeldung in einem Vertragsstaat vielmehr unmittelbar und ohne weiteres, von Rechtes wegen, das in Frage stehende Prioritätsrecht und dies muß dahin verstanden werden, daß letzteres mit der Patentanmeldung erworben wird; letztere erscheint dabei als eine „civilistische Rechtshandlung" im Sinne eines „Vorwirkungsgeschäftes für das Patent" und einer „rechtsgeschäftlichen Anticipation" desselben (Kohler a. a. O. S. 291/292), so daß die spätere Patentanmeldung im andern Vertragsstaat lediglich als die Bestätigung und Perfektion jener ersten angesehen werden kann. Hieraus ergiebt sich nicht bloß, daß die Sperrfrist auch ohne weiteres zu Gunsten eines Rechtsnachfolgers wirkt, sondern auch, daß das damit geschaffene vorläufige Schutzrecht von dem spätern Wegfall seiner ursprünglichen Voraussetzungen, nicht mehr berührt werden kann. Dessen Fortdauer erscheint vielmehr, lediglich gemäß Art. 4 Ziff. 2 des Übereinkommens, dadurch bedingt, daß „auf die erste Anmeldung in der Folge das Patent erteilt wird." Hiemit erwächst das vorläufige Prioritätsrecht, für die Dauer der Sperrfrist, — laut Art. 4 Ziff. 2 und Art. 3 drei Monate von der Patenterteilung an, — zu einem in diesem Sinne befristeten definitiven. Daß es sich

nicht anders verhalten kann, ergiebt sich auch aus dem Zwecke der Schutzfrist, der dahin geht, auf dem Wege einer Erweiterung des Anmeldungsgebietes auf dasjenige beider Vertragsstaaten den Erfinder davor zu schützen, daß ihm während des Patentierungsverfahrens im einen Staat jemand mit der Patentanmeldung im andern zuvorkomme und daß durch das genannte Verfahren, insbesondere die Herausgabe der Patentschrift, die Neuheit des Patentgegenstandes und damit die Möglichkeit der Patentierung im andern Staate zerstört werde. Gegen diese Intentionen würde es aber verstoßen, wenn nach der Patentanmeldung zur Aufrechterhaltung des Prioritätsrechtes die Fortdauer gewisser Requisite verlangt würde. (Vgl. hiezu Kohler a. a. O. S. 198 ff.)

Demnach kommt mit Bezug auf die Frage, ob die Neuheit des streitigen Patentes durch das frühere in der Schweiz von Hopkins erwirkte und nach der Behauptung des Klägers mit jenem identische aufgehoben sei, überall nicht, wie der Kläger meint, Art 32 des Pat. Ges. in Anwendung, sondern hat die Beklagte sich mit Grund auf das die letztere Vorschrift erweiternde Übereinkommen mit Deutschland berufen.

3. Der Kläger hat indes weiter eingewendet, das durch den genannten Staatsvertrag eingeräumte Prioritätsrecht für die Patentanmeldung in der Schweiz könne von der Beklagten nur insoweit zu ihren Gunsten geltend gemacht werden, als die in Deutschland erfolgte Patentanmeldung gemäß dem Urteil des Deutschen Reichsgerichtes schließlich in Rechtskraft geblieben sei, d. h. nicht mit Bezug auf den Wasserverschluß beim Carbideinleitungskanal eines Acetylen-Entwicklungsgefäßes, sondern nur, einerseits hinsichtlich der Schräglage dieses Einführungsrohres, und anderseits bezüglich der schrägen Gleitflächen im Innern des Generators. Auch dieser Einwand erscheint aber als unzutreffend. Dies folgt daraus, daß, wie schon oben ausgeführt worden, der Erwerb jenes Prioritätsrechtes durch die Patentanmeldung im Vertragsstaat abgeschlossen wird, in Verbindung damit, daß durch die Patentanmeldung je für das betreffende Patentgebiet ein besonderes subjektives Recht geschaffen wird (Kohler a. a. O., S. 63, 65), so daß das Schicksal eines lokalen Patentes auf dasjenige eines übereinstimmenden in einem andern Staate rechtlich keinen Einfluß haben kann. Das durch die Patentanmeldung erworbene vorläufige Schutzrecht ist daher, — auch nach dem Wortlaut des Übereinkommens, in Art. 4 Ziff. 2, lediglich dadurch bedingt, daß „auf die erste Anmeldung das Patent erteilt wird", d. h. daß daraufhin überhaupt schließlich eine Patenterteilung stattfindet, und es kann daher einer nachfolgenden Reduktion des Patentes durch das deutsche Patentamt oder das deutsche Reichsgericht, wie sie beim deutschen Vorprüfungssystem einer dortigen Patentanmeldung gegenüber stets offen bleibt, auf den Umfang des durch jene Anmeldung geschaffenen Prioritätsrechtes ebensowenig Einfluß haben, als bei einer in der Schweiz erfolgten Patentanmeldung eine entsprechende Einschränkung des Patenterwerbes des Anmelders in Deutschland statthaft wäre, wenn das erteilte schweizerische Patent vor Ablauf der Prioritätsfrist durch ein hiesiges gerichtliches Urteil nichtig erklärt würde. Für das in Frage stehende Prioritätsrecht ist somit überall nur die Identität der Patentanmeldung (Kohler a. a. O., S. 249) erforderlich und nicht die des schließlich erteilten Patentes.

Unbestrittenermaßen ist nun die Anmeldung des streitigen schweizerischen Patentes noch vor dem Ablauf der nach dem Gesagten hiefür durch die in Deutschland erfolgte Anmeldung geschaffenen Schutzfrist geschehen und es kommt daher das früher erteilte Patent Hopkins für die Frage der Neuheit des streitigen Patentes nicht in Betracht, und letztere Frage ist somit nach dem Stande der Technik zur Zeit der deutschen Patentanmeldung, vom 10. Februar 1896, zu beurteilen.

4. Der Gerichtsexperte hat in seinem Gutachten in Zweifel gezogen, ob das streitige Patent nicht schon deshalb unstatthaft sei, weil der Patentanspruch ganz allgemein dahin gehe, daß „die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklungsgefäßes einmünden", indem diese Formulierung, ganz ab-

gesehen von dem bei der Erfindung verfolgten Zwecke, überhaupt alle Wasserverschlüsse umfasse. Von der Beklagten ist aber heute erklärt worden, daß sie letzteres nicht beanspruche, sondern in dieser Hinsicht lediglich Schutz für den Wasserverschluß beim Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen verlange. Mit Grund macht der Experte indes hiegegen wiederum geltend, daß durch das genannte Mittel des Wasserverschlusses für sich allein der bezeichnete Zweck nicht erreicht werde, daß in dieser Hinsicht vielmehr die Schrägrichtung des Einmündungsrohres von spezifischer Bedeutung sei. Der Experte wirft dabei die Frage auf, ob auch diese letztere Anordnung, obschon sie im Patentanspruch gar nicht genannt, sondern lediglich in der Patentbeschreibung und der Patentzeichnung angegeben worden, nicht schon wegen dieses Mangels des Patentrechts entkleidet werden müsse, eine Frage, die sich hienach auch bezüglich der schrägen Gleitflächen im Innern des Generators aufwirft und daher zunächst zu prüfen ist.

(Schluss in nächster Nr.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Prozessentschädigung.

§ 275, Gesetz betr. die Rechtspflege.

Der Rekurrent belangte den Rekursgegner beim Bez. Gerichte Uster auf Sicherstellung für seine ins Geschäft der Firma N. N gemachte Kapitaleinlage. Nachdem in der Sache die Hauptverhandlung stattgefunden und das Gericht ein Beweisdekret erlassen hatte, zog der Kläger seine Klage zurück. Das Gericht schrieb den Prozeß als erledigt ab, und verpflichtete den Kläger zur Bezahlung der Kosten, sowie einer Prozeßentschädigung von Fr. 109.30 an den Beklagten, gestützt auf eine von dessen Anwalt eingelegte Deserviten- und Auslagenrechnung. Über die Zusprechung dieser Prozeßentschädigung beschwert sich der Rekurrent, indem er beantragt, dieselbe auf Fr. 40 zu reduzieren.

Der Rekurs wurde gemäß dem Antrage des Rekursgegners verworfen.

Gründe:

Nach § 275 G. b. Rpfl. hat die im Prozesse unterliegende Partei, wenn sie die Gerichtskosten allein bezahlen muß, dem Gegner auch die außergerichtlichen Kosten zu ersetzen und ihn in der Regel für Umtriebe in vollem Maße zu entschädigen; dabei sind die Parteien (gemäß Abs. 3 das.) berechtigt, dem Richter ihre Rechnung über die Kosten für Bestellung eines Vertreters, Beschaffung der Beweismittel u. s. w. vorzulegen. Selbstverständlich gelten diese Grundsätze auch für den Fall des Rückzuges oder der Anerkennung der Klage. Dabei bleibt allerdings das freie richterliche Ermessen bei Festsetzung der Prozeßentschädigung gemäß gesetzl. Vorschrift vorbehalten (vgl. Sträuli Suppl. zu § 275 Nr. 1).

Nun ist richtig, daß in der Regel die Prozeßentschädigungen von den zürcherischen Gerichten in runden Beträgen (je nach der Zahl der stattgefundenen Vorstände etc.) festgesetzt zu werden pflegen, und daß dabei, in Fällen selten nur eine Verhandlung stattgefunden hat, wo über einen Ansatz von Fr. 30—40 hinausgegangen wird. Allein diese Übung beruht eben darauf, daß die Parteien die Festsetzung der Prozeßentschädigung regelmäßig dem Gerichte überlassen, ohne demselben irgendwelche Ausweise über ihre effektiven Auslagen und den Umfang der erforderlichen Bemühungen für die Vorbereitung und Durchführung des Prozesses an die Hand zu geben. Unter diesen Umständen ist das Gericht gewöhnlich auch nicht in der Lage, die einer Partei verursachten Bemühungen und daherigen Kosten nach den Verhältnissen des konkreten Falles genauer zu beziffern, und die Prozeßentschädigung dementsprechend zu bemessen. Dies schließt aber natürlich nicht aus, daß das Gericht da, wo eine Partei resp. deren Anwalt von dem ihr zustehenden Rechte der Rechnungsvorlegung Gebrauch macht, die bei Ausmessung der Prozeßentschädigung

berücksichtige, auch wenn es dabei zu einem erheblich höheren Betrage gelangt, als dem sonst üblichen. Über Rechtsungleichheit kann sich dabei keine Partei beschweren, da das Recht, ihre Rechnung dem Gerichte vorzulegen und der Anspruch auf Berücksichtigung derselben, jeder Partei in gleicher Weise zusteht. Wenn nun im vorliegenden Falle das Bez. Gericht die vom Anwalt des Rekursgegners eingelegte Rechnung für den Verhältnissen angemessen gefunden und den Rekurrenten zur Bezahlung derselben im vollen Umfang verpflichtet hat, so liegt auch für die zweite Instanz keine Veranlassung vor, hieran etwas zu ändern, zumal die Angemessenheit der Rechnung vom Rekurrenten selber mit keinem Worte bestritten worden ist und es sich nach dem Protokoll der Hauptverhandlung um eine durchaus nicht einfache Sache gehandelt zu haben scheint.

(26. Januar 1901 — B.)

II. Betreibungsart.

Sicherung einer Schuld durch Grundpfand und freiwillige Pfandverschreibung. Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen.

Der Beschwerdeführer W. ist Inhaber zweier Kaufschuldbriefe auf den Beschwerdegegner G. von je Fr. 12,500 dat. den 24. März 1898. Gemäß einer Bestimmung dieser Kaufschuldbriefe — der Schuldner sei „gehalten, zur mehreren Sicherheit für Kapital, Zinsen und Kosten über die bestellte Grundversicherung aushin noch sofort freiwillige" Viehverschreibungen zu errichten — bestellte G. am 16. Nov. 1898 eine freiwillige Pfandverschreibung an fünf Viehstücken „zur Sicherung der zwei Schuldbriefe von je Fr. 12,500". Der Beschwerdeführer betrieb nun G. am 14. Nov. 1900 einmal für Fr. 800 ausbedungene Terminabzahlungen lt. Tenor der Schuldbriefe und sodann für Fr. 1000 mit Martini 1900 verfallene Zinse und zwar geht in beiden Fällen die Betreibung auf Verwertung der verpfändeten Viehstücke. Der Schuldner bestritt die Betreibung, weil „die Pfandverschreibung dem Grundpfand pfandrechtlich nachgehe, und vorerst die Grundversicherung realisiert" werden müsse.

Die Vorinstanz, bei welcher W. Beschwerde dagegen erhob, daß der Betreibungsbeamte die Einsprache G. unrichtigerweise als Rechtsvorschlag aufgefaßt habe, gieng mit Recht gemäß § 60 der Anweisung des Obergerichtes zum Betr. u. Konk.-Ges. vor und prüfte die Frage, ob W. berechtigt sei, für seine beiden Forderungen die Betreibungen auf Verwertung der Faustpfänder fortzusetzen. Es verneinte die Frage und hob die Betreibungen als ungültig auf.

W. rekurrierte gegen den betreffenden Beschluß. Er beantragte, daß die beiden Betreibungen für gültig erklärt und das Betreibungsamt angewiesen werde, dem Beschwerdeführer mitzuteilen, ob der Beschwerdegegner die Forderungen als solche bestreite. Die Betreibungen auf Verwertung der Faustpfänder wurden vom Obergericht im Prinzipe als gültig erklärt.

Gründe:

Es handelt sich um die Entscheidung der Frage, ob der Gläubiger W., dem der Schuldner als Sicherung für seine Schuld sowohl eine Hypothek als eine freiwillige Pfandverschreibung bestellt hat, das Recht habe, zu bestimmen, welche Sicherheit im Falle der Nichtbezahlung der Schuld zuerst zur Liquidation gelangen solle. Unsere Gesetzgebung beantwortet diese Frage nicht. Doch darf der Satz des gemeinen Rechts, (Vgl. Keller, Pandekten § 200), der in das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 1230) aufgenommen wurde, auch für das schweizerische Recht als gültig betrachtet werden, daß der Pfandgläubiger bestimmen könne, welches von mehreren Pfändern zuerst verkauft werden solle, d. h. für welches er zuerst die Betreibung anheben und durchführen wolle. Das Recht, die Pfandsache zum Verkaufe zu bringen und sich aus dem Erlöse desselben bezahlt zu machen, ist die wesentlichste Befugnis des Pfandgläubigers und da bei mehreren Pfändern dieses Recht

bezüglich aller in gleicher Weise gilt, so muß ihm auch das Recht zustehen, selbst zu bestimmen, bezüglich welches Objektes er die Betreibung zuerst durchführen will. Soll diese allgemeine Regel im vorliegenden Falle nicht zutreffen, so muß die Abweichung bewiesen werden. Die Vorinstanz nimmt nun an, dieser Nachweis sei geleistet, die Hauptsache sei das Grundpfandrecht und das Mobiliarpfand sei „nur ein Accessorium desselben". Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Allerdings sagt die Pfandverschreibung, die Viehstücke werden verschrieben „zur Sicherung der Schuldbriefe". Allein daß dieser Ausdruck nicht bewußt im Gegensatze zur „Sicherung der Forderung" gebraucht wurde, geht aus dem weitern entscheidenden Passus der Verschreibung hervor, der dem Gläubiger die Befugnis einräumt, „insofern er zur Verfallzeit für Hauptsumme, Zinsen und Kosten auf dem Wege der Güte nicht befriedigt würde, sich durch die oben beschriebenen Pfänder auf dem Wege Rechtens bezahlt zu machen". Hätten die Parteien verabreden wollen, daß der Gläubiger erst dann die Versilberung der Mobiliarpfänder verlangen dürfe, wenn die Betreibung auf Grundpfandverwertung durchgeführt und ein unbezahlter Rest der Forderung des Gläubigers bleiben sollte, so wäre sicherlich ein anderer Tenor für eine solche subsidiäre Verschreibung gewählt worden. Auch die Worte der Kaufschuldbriefe, daß die Pfandverschreibung „zur mehreren Sicherheit über die bestellten Grundpfandversicherungen aushin" errichtet werden soll und der Umstand, daß in der Pfandverschreibung von „weitern Pfändern" die Rede ist, können nicht als genügender Nachweis für den Standpunkt des Beschwerdegegners erklärt werden. Charakteristisch ist übrigens, daß dieser selbst nicht behauptet, er hätte sich mit seinem Gläubiger ausdrücklich dahin geeinigt, daß die Viehstücke nur subsidiär haften sollen; vielmehr scheint er dies als selbstverständlich zu betrachten deshalb, weil die Pfandverschreibung zeitlich nach der Grundversicherung errichtet wurde. Allein dies ist sicherlich nicht ein ausschlaggebendes Moment.

Die Beschwerde muß daher gutgeheißen werden, da der Schuldner nicht nachzuweisen vermag, daß er die eine der dem Gläubiger gegebenen Sicherheiten nur als subsidiäre bestellt habe und da es in einem solchen Falle dem Gläubiger freisteht, zu bestimmen, bezüglich welchem Pfande er die Betreibung zuerst anheben wolle.

Gemäß dem weitern Antrage des Rekurrenten ist sodann das Betreibungsamt anzuweisen, demselben mitzuteilen, ob der Schuldner die Forderungen von Fr. 800 und Fr. 1000 bestritten habe. (17. Jan. 1901. — B.)

Obergericht Zürich.

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs.

I. Pfändung.

Die Pfändung des Erwerbes der Ehefrau für voreheliche Schulden derselben ist unstatthaft, so lange der Ehemann seiner Verpflichtung nachkommt, für den Unterhalt der Familie zu sorgen. (§ 593 Priv. Ges.-B. u. § 29 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. Sch.- u. K.-G.)

A. betrieb die Ehefrau B. für voreheliche Schulden derselben im Betrage von Fr. 18. Mangels anderer Aktiven pfändete das Betreibungsamt eine Quote des ihr als Fabrikarbeiterin zukommenden Lohnes. Ihr Ehemann erhob hiegegen beim Bezirksgerichtspräsidenten Einsprache im Sinne des § 29 des Einf.-Ges. z. Sch.- u. K.-G. Frau B. beschwerte sich bei der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs über die Pfändung, und zwar insoweit mit Erfolg, als die pfändbare Lohnquote herabgesetzt wurde. Das Bezirksgericht gieng grundsätzlich davon aus, § 593 Priv. G.-B. sei abgeändert worden durch § 29 des genannten Einf.-Ges., die in Betreibung gesetzte Forderung sei als eine laufende Verpflichtung der Ehefrau zu betrachten und sie habe daher mit ihrem Lohne dafür einzustehen.

Das Obergericht, bei dem Frau B. weiterhin Beschwerde erhob, erklärte die ganze Pfändung als unstatthaft. Prozessualisch sei

das Beschwerdeverfahren am Platze, da streitig sei, ob die vorgenommene Lohnpfändung zulässig sei oder nicht, es handle sich nicht darum, wem die gepfändete Sache zukommen solle, also nicht um eine Eigentumsansprache im beschleunigten Verfahren.

„In der Hauptsache hängt der Entscheid davon ab, in welchem Umfang § 593 Priv. Ges.-B. durch § 29 des Einf.-Ges. z. Sch.- u. K.-G. abgeändert worden sei. Nun ist der Grundsatz, daß der Erwerb der Ehefrau zunächst dem Ehemann gehöre, und nicht der erstern, unverändert geblieben. § 29 Einf.-Ges. gewährt der Ehefrau lediglich eine Sicherheit dafür, daß der Ehemann der ihm obliegenden Verpflichtung zur Bestreitung des Lebensunterhaltes seiner Frau nachkomme. Daß diese Voraussetzung im vorliegenden Falle aber zutreffe, wird vom Gläubiger nicht bestritten. — Der Erwerb der Ehefrau kann daher hier nicht für voreheliche Schulden derselben gepfändet werden." (21. Juni 1900.)

II. Lohnpfändung.

Ein Lohnverhältnis ist auch zu vermuten, wenn ein Sohn in einem auf den Namen seiner Mutter betriebenen Gewerbe als Angestellter funktioniert.

Auf der Konkursgant des K. erwarb seine Ehefrau das von ihm betriebene Leinen- und Baumwollwarengeschäft und ließ sich als dessen Inhaberin ins Handelsregister eintragen. Das Geschäft ließ sie durch ihren Sohn als Angestellten besorgen; die Haushaltungskosten wurden nach wie vor vom Vater bestritten. Gegen den Sohn K. verlangte ein ihn betreibender Gläubiger Lohnpfändung, jener beschwerte sich hierüber, weil er seinen Lohn gar nicht beziehe, wurde aber bei diesem Einwand nicht geschützt.

Gründe:

Der Bundesrat und in neuerer Zeit das Bundesgericht haben entschieden, daß bei rechtlich zulässigen Anstellungsverhältnissen unter Ehegatten, auch wenn ein fester Lohn nicht vereinbart wurde, nichtsdestoweniger der Lohn des Ehemanns zu pfänden und zu schätzen sei und daß dann gegebenen Falles der Richter festzustellen habe, welchen Geldwert die Arbeitsleistung des im Geschäft thätigen Ehemanns darstelle, d. h. welchen Lohn die Geschäftsinhaberin und Ehefrau einem dritten an Stelle ihres Mannes Thätigen bezahlen müßte.

Diese Rechtsanschauung wurde damit begründet, daß die Zulässigkeit einer solchen Pfändung im Interesse eines reellen Geschäftsverkehres liege, indem sie dazu dienen werde, unreelle Manipulationen zum Nachteil der Gläubiger zu verunmöglichen, sie widerspreche so wenig dem Sinne und Wortlaute des Gesetzes, als irgendeine Lohnpfändung anderer Art (H. E. Bd. XVIII. S. 124 ff.)

Von diesem Standpunkt aus muß die Beschwerde des Sohnes K. prinzipiell als unbegründet abgewiesen werden.

(7. Juli 1900.)

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben
von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. März 1901. XX. Band. No. 5.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postställen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen **Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteile des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Frachtvertrag, b) Erfindungsschutz. II. Urteil des Kassationsgerichtes Zürich betr. Selbsthilfeverkauf. III. Entscheid der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. Gerichtsstand. IV. Entscheidung des Obergerichtes Zürich betr. Kompetenzstücke.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

11. Januar 1901.

Landwirtschaftl. Institut Halle c. Schweiz. Nordostbahngesellschaft.

I. Frachtvertrag.

Der Beweis, daß einer der in Art. 31 des B.-G. betr. den Transport auf Eisenbahnen vorgesehenen Haftbefreiungsgründe zutreffe, liegt der Bahn ob.

Das landwirtschaftliche Institut der Universität Halle kaufte anfangs 1900 von J. Bürgi in Arth ein braunes Rind um den Preis von Fr. 1050.— Der Transport des Tieres nach seinem Bestimmungsort wurde indessen erst am 4. April unternommen, an welchem Tage man dasselbe vormittags als Eilfrachtgut in Arth-Goldau der Bahn übergab. Das damals hochträchtige Rind wurde von dem Viehtransporteur Beeler begleitet. Bei der Ankunft in Romanshorn am Nachmittag des gleichen Tages war an dem Zustand des Tieres noch nichts Abnormales bemerkbar. Während sich nun Beeler auf die Güterexpedition begab, um den für den Weitertransport über die Grenze notwendigen Gesundheitsschein einzulösen, wurde der das Tier enthaltende Wagen nach einigem Hin- und Hermanövrieren vor die Viehrampe bugsiert. Das Rind sollte dort ausgeladen und auf das Schiff verbracht werden. Beim Öffnen des Wagens zeigte sich aber, daß das Tier verletzt und der Strick, mit dem man es angebunden hatte, zerrissen war. Der von Beeler sofort zugezogene Tierarzt erklärte den Weitertransport für unthunlich. Eine auf Anordnung des Bürgi von zwei Tierärzten vorgenommene nochmalige Untersuchung ergab die Notwendigkeit, das Tier zu schlachten. In dem Transportwagen, welchen diese Tierärzte ebenfalls inspizierten, fanden sie den Boden mit einer guten Sägespähneschicht bedeckt. Bezüglich der Art der Verletzung des Rindes und der wahrscheinlichen Ursache kam ihr an das Bezirksgerichtspräsidium in Arbon erstatteter amtlicher Bericht zu folgenden Ergebnissen: Die an dem Tiere festgestellten Symptome haben auf einen Beckenbruch hingewiesen, was bei der infolgedessen angeordneten Schlachtung bestätigt worden sei. Die Heftigkeit des Bruches lasse auf einen vorausgegangenen, sehr starken Anprall als Ursache desselben schließen. Im wesentlichen zum nämlichen Resultate gelangte ein auf Antrag der Nordostbahn-Gesellschaft zu der

Untersuchung beigezogener weiterer Tierarzt. Die Verwertung des getöteten Tieres ergab Fr. 350.— und das landwirtsch. Institut verlangte nun von der N. O. B. den Ersatz der Differenz zwischen dem Kaufpreis und jener Summe, sowie die Erstattung der mit dem Transport, der Verpflegung, Untersuchung etc. des Tieres verbundenen Auslagen.

Zur Begründung dieses Ausspruches wurde vorgebracht: Der Unfall müsse auf dem Bahnhof Romanshorn passiert sein, da das Tier bei der Ankunft noch unbeschädigt und angebunden gewesen sei. Ein Verschulden der Klägerin sei unter diesen Umständen ausgeschlossen, wogegen es umgekehrt nach den vorliegenden Gutachten einem Zweifel nicht unterliegen könne, dass die Ursache der Verletzung einzig in mangelhafter Sorgfalt der Beklagten beim Manövrieren auf der Station Romanshorn zu suchen sei. Nach Art. 30 des B.-G. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893 hafte die Bahn prinzipiell bis zu höherer Gewalt. In Rücksicht auf diesen Grundsatz könne nicht angenommen werden, daß Art. 31, Ziff. 5 cit. die Bahn für den hier speziell vorgesehenen Fall von der Haftung für leichtes Verschulden entbinde. Wenn die Bahngesellschaften allerdings auch den durch Fallen eines Tieres verursachten Schaden unter den Thatbestand der Ziff. 5 cit. rechnen, so sei dies doch nur unter der Voraussetzung ordnungsmäßig ausgeführten Transportes zulässig. Von einem solchen könne aber in concreto keine Rede sein, da bei einem gewöhnlichen Umfallen des Tieres die vorhandene Sägemehlschicht zur Vermeidung schädlicher Folgen genügt hätte.

Der Antrag der Beklagten auf Abweisung der Klage wurde folgendermaßen begründet: Es werde nicht anerkannt, daß das Tier bei der Ankunft in Romanshorn noch angebunden gewesen sei. Ebenso werde das Vorkommen irgend eines außerordentlichen Stoßes während der Manövrierbewegungen bestritten. Dagegen habe das Personal der Beklagten bei Ankunft des Wagens bei der Ausladerampe konstatiert, daß das Tier heftig im Wagen herumgesprungen sei. Infolge seines Zustandes sei es eben besonders leicht erschrocken und schneller und schwerer gefallen. Unbestrittenermaßen handle es sich um einen in Art. 31 des Transportgesetzes vorgesehenen Fall, nach welcher Bestimmung der Beweis betr. das Verschulden den Geschädigten treffe. Dies ergebe sich aus einer Vergleichung mit Art. 31 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr, wo die Frage der Beweislast ausdrücklich in dem genannten Sinne geregelt sei. Den ihr obliegenden Beweis habe die Klägerin indessen in keiner Weise geleistet; insbesondere könne nicht einfach auf Vermutungen der mit der Eisenbahntransporttechnik nicht vertrauten Tierärzte abgestellt werden.

In der Replik schloss sich der Vertreter der Klägerin betr. Verteilung der Beweislast den Ausführungen des Vertreters der Beklagten an.

Gründe:

1. Nach Art. 30 des eidgen. Transportgesetzes haftet die Eisenbahn grundsätzlich, wie jeder Frachtführer, für allen Schaden, den ein Frachtgut während des Transportes erleidet „sofern sie nicht zu beweisen vermag, daß der Schaden durch ein Verschulden des Verfügungsberechtigten oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung desselben, durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch höhere Gewalt herbeigeführt worden ist.“ Die Eisenbahn hat darnach, wenn die Voraussetzungen dieses Artikels zutreffen, den Exculpationsbeweis zu führen. Der folgende Artikel statuiert sodann in 6 Ziffern einige Beschränkungen der Haftpflicht der Bahn bei besonderen Gefahren. Dabei stellt Ziff. 5 den Satz auf: „Die Eisenbahn haftet nicht in Ansehung lebender Tiere für den Schaden, welcher aus der mit der Beförderung dieser Tiere verbundenen besondern Gefahr entstanden ist.“ Dieser Artikel umschreibt aber weder den Begriff der „besondern Gefahr“ noch stellt er fest, wer das Entstehen des Schadens aus derselben zu beweisen habe. In ersterer Hinsicht steht indessen außer Zweifel, daß das Fallen, Ausschlagen, Scheuen und die damit verbundenen Schädigungen zu den besonderen Gefahren des Transportes lebender Tiere gehören. In concreto scheint hierüber auch

kein Streit zu bestehen, vielmehr ist die Klägerin sogar bezüglich der Frage der Beweislast der Ansicht der Beklagten beigetreten. Demgemäß hat sie es als ihre Aufgabe bezeichnet, darzuthun, daß der Kausalzusammenhang zwischen „besonderer Transportgefahr“ und Schaden nicht gegeben sei und diesen Nachweis glaubt sie erbracht zu haben. Die Interpretation des Gesetzes durch die Parteien ist jedoch in diesem Punkte unrichtig. Zwischen Art. 31 des J.-Ü. und dem in bewußter Anlehnung an denselben im Bundesgesetz aufgenommenen Art. 31 besteht der Unterschied, dass ersterer folgenden Nachsatz enthält: „Wenn ein eingetretener Schaden nach den Umständen des Falles aus einer der in diesem Artikel bezeichneten Gefahren entstehen konnte, so wird bis zum Nachweise des Gegenteils vermutet, daß der Schaden aus der betreffenden Gefahr wirklich entstanden ist.“ Diese Vermutung findet sich auch in dem mit Art. 31 J.-Ü. übereinstimmenden § 459 Deutsch. Handelsgesetzbuch, wie sie auch in dem entsprechenden § 424 des alten Handelsgesetzbuches aufgestellt war, dort allerdings mit der Modifikation, daß die Haftung der Bahn für die „besondere Transportgefahr“ ausdrücklich wegbedungen werden mußte. Auch der bundesrätliche Entwurf zum Transportgesetz hatte den genannten Nachsatz enthalten, dagegen fehlt er im Gesetze selbst, was von der Beklagten damit erklärt wird, daß sein Inhalt nur einen selbstverständlichen Satz zum Ausdruck gebracht habe. Schon die bundesrätliche Botschaft zum genannten Entwurfe läßt indessen diese Behauptung nicht als wahrscheinlich erscheinen; sie entspricht aber auch nicht dem Geiste der ganzen Gesetzesstelle. Art. 31 des Bundesgesetzes statuiert lediglich einige Ausnahmen von der in Art. 30 grundsätzlich festgelegten, strengen Haftbarkeit der Bahn für die ihr zum Transport übergebenen Güter. Es handelt sich also um Haftbefreiungsgründe, für deren Zutreffen nach allgemeinen Grundsätzen die an sich haftpflichtige Beklagte den Beweis zu erbringen hat. (Vgl. Eger, Kommentar zum internationalen Übereinkommen, Art. 31, Note 169).

2. Aus dem Gesagten ergiebt sich für den vorliegenden Fall, daß die Beklagte nicht nur die Möglichkeit nachzuweisen hat, daß das Rind der Klägerin sich durch Fallen, Scheuen etc. die eingetretenen Verletzungen habe zuziehen können, sondern auch daß dies thatsächlich geschehen sei, und nicht vielmehr irgend eine Unregelmäßigkeit im Betriebe die Ursache des Schadens gebildet habe. In den Akten kann ein bezüglicher Beweis nicht gefunden werden. (Folgen Ausführungen darüber, weshalb der von der Beklagten anerbotene Beweis nicht abzunehmen sei.)

II. Erfindungsschutz.

26. November 1900.

A Wegmann c. Allgemeine Carbid- und Acetylen-Gesellschaft.

(Schluss, — s. o. S. 46 ff.)

Gründe:

5. Art. 14 Ziff. 1 des Pat. Ges. schreibt in dieser Hinsicht vor, daß dem Patentgesuch eine Beschreibung der Erfindung beigefügt werden solle, welche in einer besondern Abteilung die wesentlichen Merkmale der Erfindung gedrängt aufführen müsse und die Vollziehungsverordnung vom 10. November 1891 bestimmt hierüber in Art. 5 und 7 des nähern, das Patentgesuch dürfe sich nur auf einen Hauptgegenstand mit den dazu gehörigen Details beziehen, die Beschreibung aber müsse die Einheit der Erfindung wahren, die Tragweite des Patentes unzweideutig klar legen und in ihrem Schlusse „eine gedrängte und übersichtliche Darlegung“ der als mehr oder weniger wesentlich erachteten Merkmale der Erfindung angeben. („Patentanspruch bezw. Patentansprüche“). Offenbar handelt es sich indes hiebei überall lediglich um Ordnungsvorschriften, das Gesetz erklärt nicht, daß lediglich dasjenige Gegenstand des Patentes sein könne, was im Patentanspruch angegeben sei (s. hierüber Bundesger. Entsch. Bd. XXI S. 297, wo diese Frage freilich nicht entschieden ist), und auch aus dem Wesen der Sache kann

eine derartige Beschränkung nicht gefolgert werden, vielmehr spricht der Umstand gegen dieselbe, daß der Patentanspruch eine „gedrängte Darlegung“ bilden, also in Kürze abgefaßt sein soll, während manche Erfindungen nicht unwesentlich auf technischen Details solcher Art beruhen, daß eine kurze Zusammenfassung und Darstellung sämtlicher Punkte nicht wohl angeht, und einzelne zu ihrer richtigen Angabe der Veranschaulichung auf dem Wege der Patentzeichnung bedürfen. Es würde daher, wie das Handelsgericht schon früher entschieden hat, (Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIII S. 171 Erw. 14, Bd. XIV S. 259 Erw. 1. und Bd. XV S. 199 Erw. 3) dem Sinn und Geist des Patentgesetzes zuwider laufen, wenn als Gegenstand eines Patentes nur Dasjenige anerkannt würde, was im Patentanspruch entweder beschrieben oder doch wenigstens durch einen Hinweis auf die Patentbeschreibung oder Patentzeichnung irgendwie erwähnt ist, vielmehr muß gemäß dem Patentgesetz alles Dasjenige als Patentgegenstand gelten, was nach dem ganzen Inhalt des Patentes vom Gesuchsteller als solcher gewollt erscheint, so daß er einem Sachverständigen als wesentlicher Gedanke des Patentes offen liegt (Vgl. Kohler a. a. O., S. 284).

6. In Anwendung dieser Grundsätze und gestützt auf die erwähnte Auffassung des Gerichtsexperten über den von Pictet beabsichtigten und aus dem Patent ersichtlichen Gegenstand desselben darf ohne Bedenken angenommen werden, daß solcher, wie die Beklagte geltend macht, in erster Linie ganz allgemein auf die Einführungskanäle für das Calciumcarbid unterhalb des Wasserspiegels des Generators, für einen Apparat zur Herstellung von luftfreiem Acetylen, zunächst ohne Einschränkung auf eine spezielle Gestaltung dieser Einmündungsrohre, gehe. — Aus den vom deutschen Patentamt und dem deutschen Reichsgericht, sowie im Gutachten des handelsgerichtlichen Experten festgestellten Thatsachen ergiebt sich im weitern, daß zur Zeit der Patentanmeldung zwar Wasserverschlüsse für Gasentwickler, insbesondere für die Gewinnung von Leuchtgas aus Steinkohlen bekannt waren, wie auch, daß solche für Apparate zur Herstellung von Phosphorwasserstoff, ferner einen solchen zur Herstellung von Borsäure und einen Entwickler für chlorsauren Kalk schon in offenbar verbreiteten technischen Handbüchern beschrieben und damit im Sinne des Art. 2 des Pat. Ges. bekannt waren (Vgl. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIV S. 261, Bd. XVI S. 305 Erw. 6, Bd. XVII S. 180 Erw. 10).

Wie indes vom deutschen Reichsgericht zutreffend hervorgehoben worden ist, handelte es sich dabei überall nur um Kanäle, die entweder lediglich zur Einführung flüssiger — oder auch fester — Materialien in den Generator oder — wie bei den Gasentwicklern, — zur Verhinderung des Entweichens des erzeugten Gases dienen sollten und war die von Pictet zum Patent angemeldete Anordnung von Einführungsrohren speciell für Calciumcarbid und zur Herstellung von Acetylen, namentlich aber mit dem Zweck der Erzielung luftfreien Acetylens etwas hievon total Verschiedenes und Neues, und dies wird auch vom Gerichtsexperten bestätigt.

Dagegen erklärt dieser, in Übereinstimmung mit dem deutschen Reichsgericht und dem deutschen Patentamt, daß es sich bei dieser Neuerung, angesichts der bisherigen vielfachen anderweitigen Verwendung von Wasserverschlüssen nicht um eine „erfinderische Idee“ handeln könne, die als notwendiges Requisit der Patentierung gelten muß, sondern lediglich um ein Produkt technischer Geschicklichkeit und die Anwendung bloßer Berufskenntnisse auf eine neu gestellte Aufgabe. Aus diesem Grunde erscheint das angefochtene Patent, soweit es sich allgemein auf die Einführungskanäle unterhalb des Wasserspiegels des Entwicklers (den Wasserverschluß) zum mehrgenannten Zweck bezieht, als nichtig.

7. Aus der Patentbeschreibung sowohl, als auch aus der Patentzeichnung und dem im Patent angeführten Titel der Erfindung, der nach Art. 14 Abs. 3 des Pat. Ges. das Wesen des erfundenen und zu patentierenden Gegenstandes bezeichnen soll, ergiebt sich indes, im Einklang mit den Entscheidungen des deutschen Patentamtes und des deutschen

Reichsgerichtes, daß im weitern wesentlicher Gegenstand des Patentes auch speziell die Schräglage der genannten Einführungskanäle ist; denn diese wird in der Patentbeschreibung ausdrücklich als Mittel zum angestrebten Zweck der Erfindung, der Herstellung luftfreien Acetylens, genannt und in der Patentbeschreibung deutlich gezeigt. Daß es sich dabei um einen wesentlichen Bestandteil der Erfindung handelt, geht ferner daraus hervor, daß jener Zweck hiebei, wie aus dem Patent ersichtlich ist und sowohl von der Beklagten vorgebracht, als auch vom deutschen Patentamt und deutschen Reichsgericht, sowie den Gerichtsexperten übereinstimmend angenommen wurde, speziell durch die Schaffung zweier getrennter Wege, eines seitlichen für die in den Poren des Carbides enthaltene, bei dessen Eintauchung ins Wasser entweichende Luft, und eines andern, senkrechten, für das im Generator entwickelte Acetylengas erreicht werden soll. Daß es sich aber bei dieser Anordnung in der That um etwas Neues und um einen erfinderischen Gedanken handelt, ist in den mehrerwähnten deutschen Vorentscheidungen bejaht und auch vom hierseitigen Gerichtsexperten bestätigt worden.

Letzterer erhebt dagegen den Einwurf, daß mit dieser neuen Anordnung, so, wie sie im streitigen Patent ausgebildet sei, der Zweck der Erfindung nur ganz unvollkommen erreicht werde, indem der Weg, welcher das Carbid auf der schrägen Gleitfläche des Einführungskanals unterhalb des Wasserspiegels durchzulegen habe, allzu kurz sei, um der Luft irgendwie vollständig das seitliche Entweichen zu gestatten. Es entsteht hier die Frage, ob nicht mit Rücksicht auf diesen Punkt das Patent gemäß Art. 10 Ziff. 1 des Pat. Ges. deswegen nichtig sei, weil die Erfindung gewerblich nicht verwertbar sei. In prozessualischer Beziehung dürfte darin, daß der Kläger in der heutigen Schlußverhandlung das Expertengutachten in seinem ganzen Umfang zum Gegenstand seiner Erörterungen gemacht hat, auch die Geltendmachung dieses Punktes liegen, und alsdann rechtfertigt sich dessen Zulassung nach Schluß der Hauptverhandlung damit, daß dabei wohl von einer Thatsache gesprochen werden kann, die der Kläger auch bei angemessener Thätigkeit nicht früher habe kennen können (§ 337 Ziff. 3 G. b. Rpfl.).

9. Indes würde es der Intention des Gesetzes nicht entsprechen, auf Grund dieser Feststellung des Experten die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung im Sinne des Art. 10, Ziff. 1 zu verneinen. Zwar ist hierunter eine Erfindung zu verstehen, die einen gewissen gewerblichen Fortschritt, im Gegensatz zu einem kaufmännischen Resultat („Rentabilität") bedeutet (s. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX S. 268 Erw. 7 und die dortigen Citate, ferner Goldschmids Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 49. S. 602/603); aber es wäre gegen den Sinn und Geist des Pat. Ges., hiebei zu verlangen, daß der erzielte technische Fortschritt vollkommen erreicht werden müsse; vielmehr muß es daran genügen, wenn letzterer in irgendwie erheblichem Maße erzielt wird. (Vgl. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XV S. 204 Erw. 10 und Kohler a. a. O., S. 171, wonach dem Erfindungsschutz nur entzogen sein soll, „was der gewerblichen Benutzung keine Seite zeigt".) Nun geht aber aus den Ausführungen des Experten hervor, daß die im Calciumcarbid eingeschlossene Luft im schrägen Zuleitungskanal wenigstens zum Teil seitlich entweichen kann und nach den von den Parteien von dem deutschen Patentamt gemachten technischen Ausführungen erscheint es mit Bezug auf die Ziele der vorliegenden Erfindung (Beseitigung der Explosionsgefahr und der Verdunkelung der Flamme des Acetylens wegen Luftbeimischung) gerade wesentlich, daß die Beimengung von Luft bei der Herstellung des Acetylens nicht in allzu hohem Maße geschehe, so daß jede Verminderung ihres Volumenprozentes als ein beachtenswerter technischer Fortschritt aufzufassen ist.

10. Im übrigen ist im streitigen Patent ausdrücklich hervorgehoben, daß die Patentzeichnung nur eine beispielsweise Ausführung des Erfindungsgegenstandes darstelle, wie denn auch der Rechtsvorfahr der Beklagten vor dem deutschen Reichsgericht Gewicht gelegt hat auf den Schutz aller weitern dem angestrebten Zweck dien-

lichen Ausführungen des Einmündungskanals. Der diesseitige Gerichtsexperte hat ferner darauf hingewiesen, daß Pictet oder die Beklagte, als sein Rechtsnachfolger, möglicherweise die Einführungskanäle, um jenen Zweck besser zu erreichen, unter Aufnahme neuer Erfindungsgedanken, in der Praxis anders, als wie in der Patentzeichnung dargestellt konstruieren. Wenn aber der Experte hieran den Schluß knüpft, daß letzteres gegen den Art. 10 Ziff. 4 des Pat. Ges. verstoßen würde, wonach ein Patent nichtig ist, wenn die mit dem Gesuch eingereichte Darlegung der Erfindung nicht genügt, um Sachverständigen deren Ausführung zu ermöglichen, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Denn der im vorliegenden Patent enthaltenen Darstellung haftet der genannte Mangel offenbar nicht an, bei neuen auf dem bisherigen Patent fußenden Anordnungen dagegen würde er sich eben um „Verbesserungen der Erfindung im Sinne des Art. 7 des Pat. Ges. handeln, wofür die Beklagte Anspruch auf ein Zusatzpatent hätte.

Die gegen die schräge Anordnung des Einführungskanals unterhalb des Wasserspiegels vorgebrachten Nichtigkeitsgründe sind daher als unstichhaltig zu erachten.

11. Gegenstand der Patentanfechtung bilden endlich die von der Beklagten als Patentinhalt beanspruchten schrägen Gleitflächen im Innern des Entwicklungsgefäßes. („Conus," „abgestumpfter Kegel"). Auch diese Teile sind, wenn auch nicht im Patentanspruch, so doch in der Patentbeschreibung und der Patentzeichnung mit aller wünschbaren Deutlichkeit als den Erfindungsgedanken verwirklichende Anordnungen bezeichnet und gehören damit ebenfalls zum Patentgegenstand.

Die Neuheit dieser Gleitflächen ist vom Gerichtsexperten nicht in Zweifel gezogen worden; dagegen erklärt derselbe, es handle sich dabei um eine ganz selbstverständliche Einrichtung, die bei niedrigen Entwicklungsgefäßen zur Vermeidung der Verstopfung der Einführungskanäle und daher zur Gebrauchsfähigkeit des Apparates unerläßlich sei, und überdies stehe die Anordnung in gar keinem Bezug zum Erfindungsgedanken des Patentes.

Der Experte befindet sich hiebei in Einklang mit dem deutschen Patentamt, welches den in Frage stehenden Teil der Patentanmeldung als nicht patentierbar erklärt hat; dagegen im Widerspruch mit dem deutschen Reichsgericht. Dieses erblickt in der streitigen Vorrichtung ein wesentliches Mittel für die das Wesen des Erfindungsgedankens enthaltende Schaffung eines getrennten seitlichen Entweichungsweges für die in den Poren des Calciumcarbides steckende Luft. Das Urteil des deutschen Reichsgerichtes bleibt indes für das diesseitige Gericht formell ohne Verbindlichkeit; die genannte Argumentation aber kann hierorts nicht als zutreffend angesehen werden: vielmehr erscheint es als überzeugend, wenn der Experte in dieser Hinsicht ausführt, daß die im Innern des Generators gebildeten Gase, vermöge ihres senkrechten Aufsteigens überhaupt nicht in die seitlichen Kanäle gelangen können, so daß es zur Intakterhaltung des seitlichen Entweichungskanales für die Luft der hier in Frage stehenden besondern Anordnung, d. h. der schrägen Gleitflächen im Innern des Gefäßes, gar nicht bedarf.

Jedenfalls aber kann, nach dem Ermessen des Gerichts, ein erfinderischer Gedanke, der die Voraussetzung der Patentfähigkeit bildet, hiebei deswegen nicht in Frage kommen, weil die vorwürfige Konstruktion laut der Expertise sich als eine solche darstellt, die im Bereich bloßer technischer Geschicklichkeit gelegen ist, so daß mit Bezug auf diesen Teil des Patentes der Nichtigkeitsgrund mangelnder Erfindungsqualität zutrifft.

12. Nach dem Gesagten ist das streitige Patent lediglich in einem Punkte als nicht mit Nichtigkeitsgründen behaftet anzusehen, nämlich hinsichtlich der Schräglage der Einführungskanäle für das Calciumcarbid. Eine bloße teilweise Nichtigerklärung eines Patentes, wie die Parteien sie eventuell beantragt haben, ist nun, wie in der Gerichtspraxis bereits feststeht, auch nach dem hierüber, im Gegensatz zu Art. 10 der deutschen Patentnovelle von 1891 schweigenden schweizerischen Patentgesetze wenigstens dann am Platze, wenn der von Nichtigkeit nicht betroffene Teil für sich noch eine

patentfähige Erfindung ausmacht (s. Bundesger. Entsch. Bd. XXIII S. 325 Erw. 4 und Handelsr. Entsch. Bd. XV S. 220 Erw. 4 und die dortigen Präjudikate) und sich im Vergleich zum ursprünglichen Patentinhalt nur als ein Minderes, nicht als etwas ganz Anderes darstellt (s. Seligsohn, Kom. z. d. Pat. Ges. S. 105 Nr. 17). Diese beiden Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle erfüllt; denn der erfinderische Gedanke und gewerbliche Fortschritt des Patentes besteht ja seinem Wesen nach in der Schaffung eines getrennten Entweichungsweges für die dem Carbid beigemengte Luft, und die von Nichtigkeitsgründen nicht berührte Schräglage des seitlichen Einführungskanals enthält eine der verschiedenen von Erfinder hiefür gewählten Anordnungen, also nichts, was für, sich allein genommen, dem Erfindungsgedanken fremd wäre und zwar ist gerade diese Konstruktion für das Ziel des Patentes von selbständiger Bedeutung, so daß es sehr wohl als ausschließlich geschützter Inhalt desselben fortbestehen kann.

Hienach ist die Nichtigkeitsklage auf gänzliche Nichtigerklärung des streitigen Patentes Nr. 16,950 abzuweisen, dieses Patent indes nur insoweit zu schützen, als es die schräge Einführung der Kanäle für das Calciumcarbid zum Gegenstand hat.

Kassationsgericht Zürich.

Selbsthülfeverkauf.

Der Verkäufer kann gegenüber dem Käufer, welcher die Ware nach Art. 248, Abs. 1, Obl.-R., an einen dritten Ort zur Aufbewahrung gegeben hat, nur dann gestützt auf Art. 108 den amtlichen Verkauf verlangen, wenn er beweist, daß der Käufer im Annahmeverzug ist und daß überdies die speziellen Voraussetzungen des Art. 108 gegeben sind. — Seide ist kein Objekt, welches bei längerer Aufbewahrung dem Verderben ausgesetzt ist oder Unterhaltungskosten im Sinne von Art. 108 verursacht.

Die Beschwerdesteller Fratelli Cassinis & Cie. haben der Beschwerdegegnerin, der Aktiengesellschaft der Seidenwebereien, vormals Stünzi Söhne in Horgen, sechs Ballen Seide geliefert. Letztere beanstandete die Ware wegen Qualitätsmängeln und übergab dieselbe, da die Rückbietung nicht anerkannt wurde, der Seidentrocknungsanstalt Zürich zur einstweiligen Aufbewahrung. Im August 1900 stellte sodann Fratelli Cassinis & Cie. beim Bezirksgerichtspräsidium Horgen das Gesuch, daß ihnen gestützt auf Art. 108 des Obl.-R. die Bewilligung zum Selbsthülfeverkauf zu Lasten des Unrecht habenden Teils bewilligt werde, weil die Seide sich durch längere Hinterlegung im Titre verändere und überdies die Gelegenheit zum Verkauf ungünstiger werde und grosse Lagerspesen erwachsen. Beigefügt wurde, daß Stünzi Söhne mit Brief vom 20. August ihre Zustimmung zu diesem Selbsthülfeverkauf gegeben haben.

Durch Verfügung vom 24. August bewilligte das Bezirksgerichtspräsidium Horgen den Selbsthülfeverkauf mit Rücksicht darauf, daß mit Schreiben vom 18. August die Petenten der Beklagten von ihrem Vorhaben Mitteilung gemacht und diese sich demselben mit Schreiben vom 20. August nicht widersetzt habe.

Gegen diese Verfügung ergriff die A.-G. vorm. Stünzi Söhne Rekurs. In der Rekursschrift wird die angebliche schriftliche Zustimmung zum Verkauf gar nicht erwähnt, sondern nur vorgebracht gemäss Art. 248, Abs. 3 des Obl.-R. wäre nur die Rekurrentin eventuell berechtigt und verpflichtet, die Ware amtlich verkaufen zu lassen, nicht aber die Rekursgegner. Wie die Rekurrentin in einer besondern Eingabe ausführt, existiere auch keine Gefahr, dass die Seide durch Lagern Schaden erleide oder daß nennenswerte Lagerungspesen auflaufen. Dagegen bestände, wenn die Seide verkauft werde, die Gefahr, daß der Rekurrentin der Nachweis der Mängel erschwert werde und diese Gefahr könnte auch durch eine Expertise zum ewigen Gedächtnis nicht beseitigt werden.

In der Rekursbeantwortung wird von Fratelli Cassinis & Cie. nicht mehr die Behauptung aufgestellt, daß die A.-G. vorm. Stünzi Söhne sich durch den Brief vom 20. August, welcher der Rekursinstanz auch

nicht mehr vorgelegt wurde, mit dem verlangten Selbsthülfeverkauf einverstanden erklärt habe. Dagegen wird ausgeführt, die Hinterlegung der Ware auf Grundlage von Art. 248 geschehe nicht im Namen des Käufers, sondern im Namen des Verkäufers, sie charakterisierte sich als eine Geschäftsführung ohne Auftrag des Käufers, zu der er gesetzlich verpflichtet sei, wenn er sich nicht für eventuellen Schaden haftbar machen wolle, mit der Rückweisung befinde sich Käufer im Annahmeverzug. Demgemäß sei die Hinterlegung der Ware durch den Käufer nichts anderes als die Ausführung des dem Schuldner auf Grund von Art. 107 zustehenden Rechts, es stehe ihm somit auch gemäss Art. 108 das Verkaufsrecht zu.

Durch Beschluss vom 11. Oktober erklärte die Rekurskammer des Obergerichts den Rekurs für begründet und hob die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten auf. Zur Motivierung dieses Entscheides wird angeführt: Es liege kein Verzugsfall im Sinne des Art. 106 ff. des Obl.-R. vor, sondern es handle sich um Rückbietung der Ware wegen angeblich vorhandener Mängel und sei die Rekurrentin ganz richtig nach Vorschrift von Art. 248, Abs. 1 des Obl.-R. vorgegangen. Nach Absatz 3 sei sie verpflichtet, die Seide amtlich verkaufen zu lassen, sofern Gefahr schneller Verderbnis vorliege. Diese Gefahr sei aber nicht bewiesen. Darauf, ob die Einlagerung der Ware Spesen und Zinsverlust zur Folge habe, komme nichts an.

Gegen diesen Entscheid erhoben Fratelli Cassinis & Cie. Nichtigkeitsbeschwerde. In erster Linie wird geltend gemacht: Mit Brief vom 18. August haben sie die A.-G. vorm. Stünzi Söhne angefragt, ob sie damit einverstanden wäre, daß der Selbsthülfeverkauf vorgenommen werde, worauf dieselbe mit Brief vom 20. August zustimmend geantwortet habe. Damit sei ein Vertrag abgeschlossen worden, auf Grund dessen die Beschwerdesteller zum Selbsthülfeverkauf auch ohne gerichtliche Verfügung berechtigt gewesen wären. Die Kassationsbeklagte könne aus Art. 248, Abs. 3 kein Recht auf Anfechtung dieses Vertrages ableiten. Der Vertrag sei durch den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten thatsächlich festgestellt und daher der Rekurskammer bekannt gewesen. Demgemäß sei es unrichtige Gesetzesanwendung, wenn auf Grund des Art. 248 Abs. 3 des Obl.-R. der Gegner von seiner Verpflichtung, den Vertrag zu halten, entbunden werde. Im fernern wird behauptet, der angefochtene Entscheid stehe in offenbarem Widerspruch zu Art. 106 und ff. des Obl.-R. Die Beschwerdesteller wiederholen in dieser Beziehung ihre schon in der Rekursbeantwortungsschrift geltend gemachte Rechtsanschauung, dass Beschwerdegegnerin sich im Annahmeverzug befinde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde indessen abgewiesen.

Gründe:

1. Die Rekurskammer hat die Beschwerdegegnerin keineswegs auf Grund von Art. 248, Abs. 3 des Obl.-R. von ihrer angeblichen, vertraglichen Verpflichtung entbunden, sondern sie hat diese Verpflichtung nicht beachtet, indem sie davon ausgeht, daß dieselbe nicht bestehe. Wenn daher ein Nichtigkeitsgrund vorläge, könnte es nur derjenige der Aktenwidrigkeit sein, indem sich die Vorinstanz über das Vorhandensein eines solchen Vertrages hinweggesetzt hätte. Nun haben aber die Beschwerdesteller in der Rekursbeantwortungsschrift diesen angeblichen Vertrag mit keinem Worte erwähnt und auch die Aktenstücke, aus denen er sich ergeben soll, nicht mehr beigelegt. Allerdings hatte auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Rekursschrift denselben nicht angefochten, obschon der Bezirksgerichtspräsident darauf das Hauptgewicht gelegt hatte. Allein wenn die Beschwerdesteller hieraus eine stillschweigende Anerkennung des angeblichen Vertrags hätten folgern wollen, so hätten sie dies geltend machen müssen. Sie thun dies aber nicht, weder in der Rekurs- noch in der Kassationsinstanz. Es geht auch nicht an, von Amtes wegen den Kassationsgrund der Aktenwidrigkeit darin zu fixieren, daß die Vorinstanz eine stillschweigende Anerkennung nicht beachtet habe, denn ein Kassationsgrund darf nur dann berücksichtigt werden, wenn er wenigstens sachlich geltend gemacht worden ist. Übrigens wäre es zu weit

gegangen, aus dem bloßen Stillschweigen der Beschwerdegegnerin auf eine Anerkennung des fraglichen Vertrags zu schließen, da die Thatsache der Anfechtung der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß sie denselben nicht anerkennen will, sodaß die Rekurrenten allen Grund gehabt hätten, denselben in der Rekursbeantwortungsschrift aufs neue geltend zu machen und durch die ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel zu belegen.

2. Art. 248, Abs. 3 benimmt allerdings dem Verkäufer der Ware keineswegs das Recht, seinerseits gestützt auf Art. 108 den amtlichen Verkauf des wegen angeblicher Mängel zur Verfügung gestellten Kaufobjekts zu verlangen, wenn er nachweisen kann, daß die Mängel nicht vorhanden sind, somit ein wirklicher Annahmeverzug vorliegt, sondern statuiert nur eine Verpflichtung des Käufers, als Geschäftsführer ohne Auftrag den Selbsthülfeverkauf vorzunehmen, wenn die Befürchtung schneller Verderbnis vorliegt. Der Verkäufer darf daher in vorliegendem Falle zweifellos, wenn er die Kaufsklage geltend macht und die Voraussetzung einer solchen Klage, d. h. die vertragsgemässe Lieferung nachgewiesen ist, gestützt auf sein Recht aus Art. 108 den amtlichen Verkauf verlangen. Was die Beschwerdegegner in der Beantwortungsschrift geltend machen, um dies zu widerlegen, ist nicht stichhaltig. An dem Rechte des Verkäufers, die Kaufklage anzuheben und wenn vertragsgemäss geliefert wurde, auf Grund des Annahmeverzugs Deposition der Ware und Verkauf auf Grundlage von Art. 108 zu verlangen, wird dadurch nichts geändert, daß auch der Käufer berechtigt ist, gestützt auf Art. 249 des Obl.-R., klageweise vorzugehen. Diese Gesetzesstelle giebt dem letzteren nur das Recht, nicht auf die Kaufklage des Verkäufers warten zu müssen.

3. Dagegen mangeln in vorliegendem Falle die einerseits durch Art. 108 aufgestellten Voraussetzungen des amtlichen Verkaufs. Seide ist geradezu eine für Hinterlegung sehr geeignete Ware, da sie im Verhältnis zu ihrem Wert nur kleinen Raum beansprucht, daher verhältnismäßig geringe Lagerungsspesen verursacht, auch sich durch die Lagerung nicht in der Qualität verringert, denn diese Behauptung, die ursprünglich aufgestellt war, wird in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr festgehalten und ist auch früher nicht belegt worden. Ebenso wenig wird behauptet, daß Seide Unterhaltungskosten verursache, denn unter Unterhaltungskosten sind hier nur Kosten zu verstehen, die notwendig sind, um eine Qualitätsverminderung oder gänzliches Verderben der Ware zu verhindern, nicht aber bloße Lagerungsspesen, die ja fast in allen Fällen der Lagerung einer Ware entstehen. Beschwerdesteller begründen denn auch ihr Gesuch um amtlichen Verkauf nur noch damit, daß die Marktpreise der Rohseide in stetem Sinken begriffen seien. Nun ist aber die Befürchtung eines Verlusts infolge Sinken des Marktpreises kein Grund für die Gestattung des amtlichen Verkaufs. Anderseits ist keineswegs nachgewiesen, daß die verkaufte Ware vertragsgemäß geliefert wurde. Dieser Nachweis aber ist, um einen Annahmverzug annehmen zu können, gemäß Art. 108 ebenfalls notwendig.

(18. Dez. 1900. — Fratelli Cassinis & Cie. c. Aktiengesellschaft der Seidenwebereien vormals Stünzi Söhne, Horgen).

Obergericht des Kts. Zürich.

Appellationskammer.

Gerichtsstand.

Art. 59 B. V. findet nur Anwendung auf rein „persönliche Ansprachen“, nicht aber auf Forderungen, die durch ein vertragliches oder gesetzliches Immobiliar — oder Mobiliarpfandrecht gesichert sind, auch wenn es sich um die bloße Feststellung einer pfandversicherten Forderung handelt.

Im Jahre 1895 haben der Beklagte, J. Nievergelt in Zug, Fritz Wächter und Schmid-Kägi auf ihren vom Kläger erworbenen Liegenschaften in Zollikon zu Gunsten des Klägers einen Schuldbrief von Fr. 37,700. — errichtet. Der Beklagte hat seinen Anteil an

dem gemeinsamen Grundstück weiter veräußert und es wurde dieser Anteil später von Wächter und Schmid-Kägi erworben.

Es herrscht nun zwischen den Parteien Streit, ob der Kläger berechtigt sei, für die im Schuldbriefe verurkundete Forderung auf Grund des § 363 des P. G. B. sich noch an den Beklagten zu halten oder ob die Einrede des Beklagten begründet sei, daß der Rekurrent den Beklagten aus dem Schuldverhätnis entlassen habe. Darüber, daß dem Kläger aus dem Schuldbrief eine Forderung von Fr. 37,700.— zusteht, herrscht kein Streit, auch die Existenz des Pfandrechtes an der Liegenschaft steht außer Frage; der Beklagte setzt nur in Widerspruch, daß er als persönlicher Schuldner der Schuldbriefforderung belangt werden könne.

Der Kläger hat deshalb beim Friedensrichteramt Zollikon Klage anhängig gemacht über die Streitfrage, ob der Kläger nicht gegenüber dem Beklagten eine Hypothekarforderung von Fr. 37,700.— auf eine Liegenschaft in Zollikon besitze und der Beklagte nicht verpflichtet sei, die Kündigung dieses Kapitals auf 1. März 1901 anzuerkennen, sowie den mit 1. September 1900 verfallenen Zins von Fr. 1508. — zu bezahlen. Der Kläger hat die Weisung über diese Streitfrage dem Bezirksgerichte Zürich eingereicht, das aber die Kompetenz zur Behandlung dieses Prozesses abgelehnt hat, indem es die Einrede des Beklagten als zutreffend erachtet, daß die streitige Forderung eine „persönliche Ansprache" sei, die gemäß Art. 59 der Bundesverfassung am Wohnort des Beklagten anzubringen sei, als welcher nach den Akten Zug betrachtet werden müsse.

Gegen diesen Entscheid hat der Kläger rechtzeitig Rekurs ergriffen und beantragt, die Einrede der Inkompetenz zu verwerfen, sowohl weil der Kläger seine Forderung als eine grundversicherte am Ort der gelegenen Sache einzuklagen berechtigt sei, als weil eventuell, wenn eine persönliche Ansprache vorliegen sollte, der Wohnort des Beklagten sich in Zürich befinde, und nicht in Zug, wo der Beklagte nur ein Scheindomizil begründet habe, um dieser Klage zu entgehen. Die Appellationskammer hiess den Rekurs gut.

Gründe:

1. Nach § 92 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Sch. K. G. kann, sofern für eine Forderung ein Pfandrecht an einer Liegenschaft besteht, die Klage „betreff. das Forderungsrecht" nach der Wahl des Gläubigers entweder am Wohnort des Schuldners oder an dem Orte, wo die verpfändete Liegenschaft sich befindet, angehoben werden. Daß somit für die vorliegende Klage, womit der Schuldbriefgläubiger gegen den Beklagten feststellen lassen will, dass der letztere auf Grund des kantonalen Hypothekarrechtes noch Schuldner der dem Kläger zustehenden Schuldbrieforderung sei, vom Standpunkt des kantonalen Prozeßrechtes aus der zürcherische Gerichtsstand gegeben ist, kann ohne weiteres angenommen werden und ist übrigens auch vom Beklagten nicht bestritten. Der Beklagte behauptet nur und die erste Instanz hat sich diesem Standpunkte angeschlossen, daß auf die interkantonalen Rechtsverhältnisse § 92 des Einführungsgesetzes nicht Anwendung finde, soweit er dem Art. 59 der Bundesverfassung entgegen stehe, was im vorliegenden Falle zutreffe, wo der Kläger nicht die eigentliche Pfandklage stelle, auch nicht auf Bezahlung einer Forderung klage, sondern lediglich eine Feststellungsklage erhebe, die nur den Zweck verfolge, die rechtliche Existenz einer Forderung zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen, die wenigstens in Bezug auf den Beklagten keinerlei dinglichen Charakter habe, da keine Liegenschaft des Beklagten für diese Forderung pfandrechtlich hafte. Die Klage habe daher den Charakter einer persönlichen Ansprache im Sinne des Art. 59 der B. V., denn irgend ein dingliches Recht stehe dem Kläger gegenüber dem Beklagten nicht zu und werde auch thatsächlich kein solches behauptet, oder gar geltend gemacht. Es sei daher der Gerichtsstand des Wohnsitzes gegeben.

2. Gegenüber dieser Auffassung ist darauf zu verweisen, daß das Bundesgericht in konstanter Gerichtspraxis (vide Blumer-Morel Handbuch, 3. Auflage, S. 533, die dort citierten Entscheide und B. E. XVII, S. 376, XXIII, S. 38) sich dahin ausgesprochen hat, daß Art. 59 nur Anwendung finde auf rein

persönliche Ansprachen, nicht aber auf Forderungen, die durch ein vertragliches oder gesetzliches Immobiliar- oder Mobiliarpfandrecht gesichert seien, weil diese Forderungen zufolge des mit ihnen verbundenen Pfandrechtes einen dinglichen Charakter haben, und zwar hat das Bundesgericht die Anwendung des Art. 59 nicht nur verneint bezüglich der reinen Pfandklage, sondern auch bezüglich der bloßen Forderungsklage. Die Auffassung des Bundesgerichtes, dass diese grundversicherten Forderungen in gewissem Sinne einen dinglichen Charakter haben, ist durchaus nicht widerlegt mit der auf das römische und gemeine Recht sich stützenden, an sich gewiß richtigen und auch wohl vom Bundesgericht nicht übersehenen Ausführung der ersten Instanz, daß das mit einer persönlichen Forderung verbundene accessorische Pfandrecht an sich nicht geeignet sei, die persönliche Natur des Forderungsrechtes zu „tangieren." Aber die der bundesgerichtlichen Praxis zu Grunde liegende Rechtsauffassung findet ihre hauptsächliche Begründung in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Art. 59 bezw. des in ihm niedergelegten von jeher in Geltung sich befindenden Grundsatzes und in seinem Verhältnis zu den kantonalen Hypothekarrechten, die, wenigstens in den deutschen Kantonen, das Bestreben hatten, bei Schuldbrief — Zettel — und andern derartigen grundpfandversicherten Forderungen von jeher die persönliche Seite des Rechtsverhältnisses mehr in den Hintergrund treten zu lassen und wirtschaftlich und rechtlich das Schwergewicht auf die dingliche Seite der durch den Schuldbrief beurkundeten Forderung zu legen, die in der Form des Schuldbriefes zu einer eigentümlichen Forderung geworden ist, die nicht ohne weiteres an die rein obligatorischen Schicksale des Darlehensvertrages gebunden ist, (Bluntschli, Rechtsgeschichte IV, S. 230), wie auch das rein persönliche Forderungsrecht in mehrfacher Richtung von den Grundsätzen des Hypothekarrechtes beeinflußt ist. Daher wurde von jeher der Grundsatz des Gerichtsstandes des Wohnortes dahin aufgefaßt, daß er sich nicht auf grundversicherte Forderungen beziehe, damit aus gewiß leicht ersichtlichen Gründen dieselben nicht nur (was selbstverständlich erscheint) vom Rechte, sondern auch vom Gerichtsstand der gelegenen Sache beherrscht werden. So hat auch das Bundesgericht immer nicht nur die Pfandklage, sondern auch die obligatorische Forderungsklage vom Gerichtsstande des Wohnortes ausgenommen, weil sie eben in gewissem Sinne allerdings einen dinglichen Charakter hat.

Es kann sich daher nur fragen, ob in concreto deshalb eine Ausnahme zu machen sei, weil es sich in der That nicht um eine Leistungsklage — mit Ausnahme der Zinsforderung — handelt, da nicht die Bezahlung der Forderung, sondern nur deren Feststellung verlangt wird; allein es wird gesagt werden müssen, daß es sich doch um die Feststellung einer grundversicherten Forderung handelt, denn selbstverständlich ändert daran der Umstand, daß nicht eine Liegenschaft des Beklagten, sondern eines dritten als Pfand haftet, nichts. Gewiss wird gegen den Beklagten mit der vorliegenden Klage nicht ein dingliches Recht geltend gemacht, aber die Feststellungsklage ist auch hier nur die Voraussetzung der Geltendmachung der grundversicherten Forderung und des Pfandrechtes. Denn wenn die Rechtsbeständigkeit der eingeklagten Forderung festgestellt würde, könnte der Kläger auf Grund dieses Urteiles ohne weiteres zur Exekution der Forderung schreiten, die aber — die erste Instanz scheint dies ganz zu übersehen — auch gegen den Beklagten nur auf dem Wege der Grundpfandbetreibung und nur am Orte der gelegenen Sache würde geschehen können. Wenn der Kläger die Pfandklage, oder die Forderungsklage, oder die Betreibung für seine Forderung anheben will, ist zweifellos immer der Gerichtsstand der gelegenen Sache gegeben und es besteht kein innerer Grund, warum für die Feststellungsklage, die ja nur prozessualisch sich von der eigentlichen Forderungsklage unterscheidet, der Gerichtsstand des Wohnortes zur Anwendung kommen sollte.
(Hanimann c. Nievergelt. 5. Febr. 1901. - B).

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs.

Kompetenzstücke.

Solche sind die dem Schuldner zur konkurrenzfähigen Ausübung seines Gewerbes indirekt notwendigen Gegenstände.

Im Konkurse eines Hafnermeisters und Ofenbauers, der als Spezialität die Herstellung von Chamotte-Öfen betrieb, schied das Konkursamt als Kompetenzstücke aus: einen Schraubstock, einen Ambos, eine Esse, einen Schleifstein, eine Blechschere und einen zweirädrigen Handwagen, indem es diese Gegenstände als zur Ausübung des Berufes als Ofenbauer notwendig betrachtete. Dies wurde entgegen der Beschwerde eines Konkursgläubigers, der behauptete, die genannten Utensilien seien nicht eigentliche Hafnerwerkzeuge, vom Obergericht bestätigt. — Der Kridar hatte geltend gemacht, die beanspruchten Gegenstände seien ihm bei der Herstellung der Chamotteöfen zur Fabrikation der dabei zu verwendenden eisernen Gestelle absolut notwendig, der Ankauf fertiger Gestelle rentiere sich nicht und mache ihn konkurrenzunfähig.

Gründe:

Die Ansicht, daß nur diejenigen Werkzeuge unpfändbar seien, die dem Schuldner bei der Ausübung seines Berufes direkt notwendig sind, im vorliegenden Falle also nur die eigentlichen Hafnerwerkzeuge, nicht aber die Schlosserwerkzeuge, die ihm bei der Ausübung des Hafnerberufes allerdings nützlich sein können, kann nicht als richtig bezeichnet werden. In einem ähnlichen Falle (Archiv Bd. V. Nro. 115) äußerte sich das Bundesgericht dahin, daß der Ausdruck „Beruf des Schuldners" im Sinne des Art. 92 Ziff. 3 Sch.- u. K.-G. nicht enge eingegrenzt werden könne, er umfasse die ganze Thätigkeit, die der Schuldner unter den gegebenen Verhältnissen entfalten müsse, um seine berufliche Beschäftigung in lohnender Weise betreiben zu können. Nach den Ausführungen des mit den Verhältnissen des Kridars am besten bekannten Konkursamtes bedarf derselbe aber der beanspruchten Schlosserwerkzeuge, um den Beruf eines Ofenbauers auszuüben. — Zweifellos ist zum Transport der fertigen, ziemlich schweren Öfen wenigstens ein Handwagen nötig.

(7. Juli 1900.)

Als Kompetenzstücke für einen selbständigen Uhrmacher erklärte das Obergericht, auf das Gutachten eines Uhrmachermeisters, einen Uhrmachertisch (Burrinfixe) und eine Arrondiermaschine.

(11. Okt. 1900.)

Der Rekurrent ist von Beruf Schlosser; es handelt sich daher nicht um die Frage, ob die streitige von ihm als Kompetenzstücke beanspruchte Nähmaschine dem Schuldner zur Ausübung seines Berufes notwendig sei (Art. 93 Ziff. 3 des Sch.- u. K.-G.) sondern darum, ob sie unter die „notwendigsten Hausgeräte" (Art. 93 Ziff. 2) zu zählen sei.

In einem ähnlichen Falle erklärte das Bundesgericht die Nähmaschine einer Hausfrau, die sich regelmässig mit Näharbeiten für Dritte beschäftigt, als unpfändbar. (Archiv Bd. V. Nr. 114.) Aus den Akten geht nun hervor, daß die Ehefrau des Schuldners den Beruf einer Schneiderin erlernt hat und daß sie Näharbeiten für Dritte besorgt; daß sie die Thätigkeit „berufsmässig" ausübe, ist nach dem zitierten Entscheide nicht erforderlich. Die Wegnahme einer Nähmaschine unter den obwaltenden Verhältnissen, wo die Mutter darauf angewiesen ist, die Kleider für ihre zahlreiche Familie (5 Kinder) selbst anzufertigen und nach Möglichkeit mit Hülfe der Maschine noch für Drittpersonen Nacharbeiten zu besorgen, wäre entschieden eine harte Maßregel; die Retention der Nähmaschine ist daher aufzuheben.

(29. Dez. 1900.)

Korrektur: S. 53, 2. Kol., Zeile 28 von oben, soll es statt: „in Fällen selten nur eine Verhandlung stattgefunden hat, wo" heissen: in Fällen, wo nur eine Verhandlung stattgefunden hat, selten;
in Zeile 8 von unten statt: „konkrerten" konkreten;
„ „ 1 „ „ „ „die" dies.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. April 1901. XX. Band. No. 6.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postämtern** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen **Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Vertragsanfechtung wegen Betruges, b) Aktiengesellschaft, c) Sachliche Kompetenz. II. Anweisungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Verfahren bei der Berufung ans Bundesgericht, b) Aufnahme von Wechselprotesten. III. Urteil der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. Bürgschaft. IV. Entscheidungen des zürcher. Obergerichtes betr. a) Konkurseröffnung, b) Nachlassvertrag. V. Litteratur.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

I. Betrug als Vertragsanfechtungsgrund.

Art. 28 Obl.-R. enthält keine Verjährungsvorschrift.

Da der vom 5. Juli 1893 datierte Vertrag der Litiganten, auf den der Kläger sich für die eingeklagte Forderung beruft, durch denjenigen vom 19. Mai 1895 als aufgehoben und ersetzt erklärt worden ist, hat der Kläger darzuthun, daß diese letztere Vereinbarung, wie er behauptet, ungültig bezw. für ihn unverbindlich sei. Er macht in dieser Hinsicht geltend, daß er zum Abschlusse dieses spätern Vertrages durch betrügerische Handlungen des Beklagten (namentlich Vorlegung einer gefälschten Bilanz) verleitet worden sei (Art. 24 Obl.-R.). Demgegenüber wendet der Beklagte aber ein, in diesem Falle sei das Recht des Klägers auf die Vertragsanfechtung gemäß Art. 28 Obl.-R. verjährt. Der Nachweis der Begründetheit dieser Einrede liegt dem Beklagten ob.

Die Jahresfrist des cit. Art. 28 beginnt, wie derselbe ausdrücklich bestimmt, von der Entdeckung des Irrtums oder Betruges an. Es ist als erwiesen anzusehen, daß der Kläger von den geltend gemachten Betrugsthatsachen schon zur Zeit der Erhebung der Klage beim Friedensrichteramt, am 22. Februar 1898, Kenntnis gehabt haben muß. Die Einreichung der Weisung beim Handelsgericht, welche gemäß § 317 G. b. Rpfl. als „Erhebung der Klage" im Sinne des Art. 154 Ziff. 2 Obl.-R. zu betrachten ist (s. Hafner, Kom. z. Obl.-R., 2. Aufl., Anm. 6 zu Art. 154) und daher die Verjährung eventuell unterbrochen hätte, erfolgte aber erst am 9. Juni 1899, also nach mehr als Jahresfrist, so daß die Einrede der Verjährung begründet wäre, wenn die Vorschrift des Art. 28 Obl.-R. eine Verjährung enthalten würde. Dies trifft aber nach dem Inhalt dieser Gesetzesbestimmung nicht zu, denn dieselbe statuiert nicht schlechthin den Untergang des Anfechtungsrechtes des beim Vertragsschluß durch Irrtum, Betrug oder Furcht beeinflußten Kontrahenten,

sobald nicht innert der im Gesetz genannten Frist eine der in Art. 154 bezeichneten Thatsachen eintritt; vielmehr genügt es nach Art. 28 zur Fortexistenz des Anfechtungsrechtes, wenn der Beeinflußte binnen Jahresfrist dem Andern eröffnet, daß er den Vertrag nicht halte, und hierin liegt, im Gegensatz zur Verjährung, lediglich eine gesetzliche Präsumtion der Vertragsgenehmigung seitens des zur Anfechtung Berechtigten, bei welcher ein Gegenbeweis nicht zulässig ist. Sofern aber die hier verlangte „Eröffnung an den Gegner" erfolgt ist, so läuft die gewöhnliche zehnjährige Verjährungsfrist für den durch den Willensmangel begründeten Rückforderungsanspruch (Schneider, Kom. z. Obl.-R. zu Art. 28 N. 4). Eine solche Eröffnung liegt nun in der am 22. Februar 1898 erfolgten Klageerhebung beim Friedensrichteramt; denn der Inhalt der mit der Streitfrage geltend gemachten Ansprüche gründet sich eben darauf, dass der Vertrag vom 19. Mai 1895 für den Kläger unverbindlich sei und es kann hiefür kein anderer Grund als derjenige der Anfechtung letzterer Vereinbarung wegen Betruges in Betracht kommen. Nach der Vorschrift des Art. 28 genügt es aber, wenn der Kläger innert der Jahresfrist dem Beklagten überhaupt nur zu erkennen gegeben hat, daß er den Vertrag wegen der Täuschung nicht halten wolle und es bedarf hiefür weder einer bestimmten Form, noch einer speziellen Angabe der Gründe (s. Bundesgerichtl. Entsch. Bd. XIV. S. 319 Erw. 5). Der Beklagte müßte demnach zur Herstellung seiner Einrede nachweisen, daß dem Kläger die behaupteten Betrugshandlungen schon vor dem 22. Februar 1897 bekannt gewesen seien, aber er hat nicht vermocht, irgendwie greifbare Anhaltspunkte hiefür zu bezeichnen.
(10. Dez. 1900, K. Rund c. B. Rund. — U.)

II. Aktiengesellschaft.

a) Art. 671 Ziff. 1 Obl.-R, Gründungs-„Cirkulare".

b) Art. 628 Obl.-R., Erwerb eigener Aktien.

a) Die Kläger stützen ihre Schadensersatzklage gegen die Gründer der Textil-Trust-A.-G. in Zürich zunächst auf Art. 671 Ziff. 1 Obl.-R., wonach ein Gründer den Aktionären verantwortlich wird, wenn er wissentlich unwahre Angaben in Prospekten und Cirkularen gemacht oder verbreitet hat. Die Kläger geben indessen selbst zu, daß „eigentliche Prospekte oder Cirkulare" bei der in Frage stehenden Gründung überhaupt gar nicht ausgegeben worden seien, womit das Klagefundament dahinfällt. Wenn sie vorbringen, die gedruckten den Aktionären vor der Gründung eingehändigten Verträge mit A. & Cie. betr. Übernahme ihrer Baumwollspinnerei gegen Überlassung von Aktien der zu deren Fortführung gegründeten Textil-Trust-A.-G. etc. seien „immerhin" als Cirkulare im Sinne des Gesetzes anzusehen, so kann dies nicht als richtig erachtet werden. Denn unter „Cirkularen" im genannten Sinne sind lediglich solche Schriftstücke zu verstehen, welche der Gründung vorangehend und mit dem Zwecke, Aktionäre für dieselbe zu werben, mehr oder weniger öffentlich ausgegeben werden, und in denen zum genannten Behufe die Grundlagen und in der Regel auch die Rentabilitätschancen der Gründung dargestellt werden, während es sich bei den vorwürfigen Akten lediglich einerseits um den Entwurf des Gesellschaftsstatutes und anderseits um die Entwürfe derjenigen Verträge handelt, welche nach der Konstituierung der Gesellschaft bezw. auch vorher auf diese Eventualität hin behufs Durchführung des Gesellschaftszweckes abgeschlossen werden sollten. Damit war weder eine allgemeine Skizze des Unternehmens gegeben, wie dies den Gründungs-Cirkularen und -Prospekten eigen ist, noch die Heranziehung weiterer Aktionäre beabsichtigt. Die Aktiengesellschaft sollte ja lediglich durch die Personen gegründet werden, welche sich für das nämliche Unternehmen bereits gebunden hatten, und es handelte sich bei der Gründung der Aktiengesellschaft im wesentlichen nur noch um die endgültige Bestimmung der rechtlichen Form des Unternehmens, da man wegen rechtlicher Schwierigkeiten glaubte, auf die bisher in Aussicht genommene Bildung einer Kommanditgesellschaft verzichten zu müssen.

b) Im nämlichen Falle behaupteten die Schadensersatzkläger, der Verwaltungsrat der Textil-Trust-A.-G. habe gegen Art. 628 Obl.-Recht gehandelt. Hiefür beriefen sie sich darauf, daß M. Ackermann, der unbeschränkt haftende Teilhaber der frühern Kommanditgesellschaft Ackermann & Cie in Omegna (Italien), dessen Etablissement der Textil-Trust gegen Überlassung von Aktien des letztern erworben hatte, später, als der Geschäftsgang dieser neuen Aktiengesellschaft sich infolge einer allgemeinen Krisis ungünstig entwickelt hatte, dieser seine Aktien unentgeltlich zurückerstattete. Jener Einwand wurde abgewiesen: Art. 628 Obl.-R. verbietet allerdings einer Aktiengesellschaft grundsätzlich den Erwerb eigener Aktien, gestattet dann aber hievon die daselbst in Ziffer 1—4 genannten Ausnahmen. Unter diesen ist nun zwar der Fall einer Schenkung nicht enthalten; es kann aber nach dem Sinn und Geist des Gesetzes und der Natur der Dinge nicht angenommen werden, daß eine Schenkung eigener Aktien von der Aktiengesellschaft bezw. ihrem Verwaltungsrat wegen des genannten in Art. 628 Abs. 1 Obl.-R. ausgesprochenen Verbotes ausgeschlagen werden müsse. — Nicht bloß würden hiedurch die Interessen der Aktiengesellschaft gröblich verletzt, sondern es darf auch unbedenklich angenommen werden, daß unter dem in Art. 628 verbotenen „Erwerb" eigener Aktien nur ein solcher gegen Entgelt gemeint sei, wie der gewöhnliche Sprachgebrauch unter „Erwerb" nur einen solchen onerosen Charakters versteht und bei dem wohl äußerst seltenen Vorkommen der Schenkung eigener Aktien an eine Gesellschaft ist darin, daß das Gesetz bei den ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen hierüber schweigt, nicht ohne weiteres auf die Willensmeinung eines Verbotes zu schließen, für welche triftige Gründe wohl kaum angeführt werden könnten.

(12. Nov. 1900, Chalus Frères c. M. Ackermann und Mith. — U.)

III. Sachliche Kompetenz.

§ 95 Ges. betr. Rechtspflege.

D. Stauffer in Ponts de Martel, Kanton Neuenburg, bezog von Reichenbach & Cie, Weinhandlung in Zürich im Juni bis Dezember 1899 Weine im Betrage von Fr. 6363. 90 Cts., war dann aber außer Stande, die hiefür ausgestellten Tratten zu bezahlen. Durch Kaufvertrag vom 8. Dez. 1899 überließ er Reichenbach & Cie zu ihrer Deckung 150 Laibe Käse zum Preise von Fr. 6300. —, mit der Verpflichtung, dieselben bis Ende Februar 1900 zum nämlichen Preise zurückzukaufen. Letzteres geschah aber nur mit Bezug auf 10 Laibe im Betrage von Fr. 420. —, und zwar Ende Januar 1900; am 22. Februar gl. J. wurde über Stauffer der Konkurs eröffnet. Die Konkursmasse verlangte nun mittelst Klage vor dem Handelsgericht von Reichenbach & Cie Rückerstattung des in ihren Händen gebliebenen Fakturwertes der von diesen seither weiter veräußerten Käse, im Betrage von Fr. 5880 nebst Zins, indem sie die Abtretung der Ware an die Beklagten, welche nach der Absicht der Parteien lediglich zu Faustpfand geschehen sei, als auf den Konkurs hin vorgenommen unter Berufung auf Art. 287 Ziff. 1 des Schuldbetreibungs- u. Konkursgesetzes anfocht. — Das Handelsgericht verneinte seine Kompetenz.

Gründe:

Zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes ist nach § 95 Ziff. 1 G. b. Rpfl. erforderlich, daß der Streit „sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht." — Gegenstand des Streites bildet die am 8. Dezember 1899 von dem kurz nachher in Konkurs gekommenen D. Stauffer vorgenommene Abtretung von Käsen an die Beklagten Reichenbach & Cie zur Deckung ihrer Forderung für an ihn verkaufte Weine. Das genannte Geschäft gehört nicht unmittelbar zum Gewerbebetrieb der Beklagten, dem Weinhandel, sondern steht zu diesem, als ein Deckungsgeschäft für eine hieraus entstandene Forderung, nur in einem gewissen mittelbaren Zusammenhang. Das Handels-

gericht hat aber stets daran festgehalten, daß das Gesetz, indem es von den auf das Gewerbe des Beklagten bezüglichen Streitsachen spricht, lediglich die eigentlich zu diesem Gewerbe gehörigen, in enger, unmittelbarer Beziehung zu demselben stehenden Geschäfte im Auge habe (vrgl. Handelsr. Entsch. Bd. XVIII S. 170 und die dortigen Präjudikate), was namentlich bei den bloßen Hülfsgeschäften des Handels nicht der Fall ist. (Vrgl. Handelsr. Entsch. Bd. XVIII S. 48 und 313.)

Ebensowenig bezieht sich der vorliegende Streit auf „Handelsverhältnisse überhaupt". Wie das Handelsgericht schon früher erklärt hat (s. Handelsr. Entsch. Bd. XVIII S. 171 u. 313) versteht das Gesetz hierunter, — im Gegensatz zu Rechtsverhältnissen, die bloß wegen ihres Bezuges auf den Gewerbebetrieb des Beklagten als Handelsverhältnisse anzusehen sind, (sog. „subjektive Handelsgeschäfte") solche, welche diesen Charakter überhaupt, d. h. schon an und für sich haben, also die sog. „absoluten Handelsgeschäfte". Es bedarf aber keiner weitern Ausführung, daß dies bei einem derartigen Deckungsgeschäft nicht zutrifft.

Endlich ist zu betonen, daß der Streit über das in Frage stehende Deckungsgeschäft speziell mit Rücksicht darauf besteht, ob dasselbe wegen des nachfolgenden Konkurses des D. Stauffer anfechtbar sei, es ist aber klar, daß der Prozeß in dieser Hinsicht nicht handelsrechtlicher, sondern konkursrechtlicher Natur ist.

(18. Jan. 1901. Konkursmasse Stauffer c. Reichenbach & Cie.)

Obergericht Zürich.

I. Verfahren bei der Berufung an das Bundesgericht.

Mitteilung der Berufungs-Erklärung an den Prozeßgegner.

Der Verein zürcherischer Advokaten ersuchte das Obergericht, daß die Mitteilung der Berufungserklärung an den Berufungsbeklagten, gemäß Art. 68 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege, jeweilen eine Abschrift der Berufungseingabe beigegeben werde. Zur Begründung wurde ausgeführt:

In der Regel werde allerdings eine Berufungserklärung nichts enthalten, was der Gegenpartei nicht schon bekannt sei. Die Fälle, wo die Berufungserklärung spezifizierte Anträge enthalte, oder wo ihr, ungehörigerweise, Begründungen beigegeben werden, seien immerhin nicht so selten, daß sie nicht Beachtung verdienen würden. In diesen Fällen erhalte die Gegenpartei, welche nichts davon wisse, daß die Berufungserklärung etwas anderes enthalte, als sie habe voraussetzen dürfen, von deren Inhalt erst Kenntnis, wenn sie die Akten beim Bundesgericht einsehe, also meist erst am Tage vor oder gar am Tage der Verhandlung. Das werde unter Umständen für die betreffende Partei verhängnisvoll sein, wenn sie nämlich bei Kenntnis des Inhalts der gegnerischen Eingabe Anschlußberufung erklärt haben würde; denn dann sei regelmäßig die hiefür angesetzte Frist des Art. 70 Organisationsgesetz schon abgelaufen. In einem Beschlusse des Schweiz. Bundesgerichtes, I. Abt., vom 15. Juli 1899 sei anerkannt, „daß eine schriftliche Mitteilung der Berufungserklärung an die Gegenpartei vieles für sich hätte". Das Bundesgericht lege aber den Art. 70 cit. Ges. nicht so aus, daß es darin schon die Vorschrift hierzu erblicke. Später sei angeregt worden, daß das Bundesgericht durch ein Kreisschreiben an die kantonalen Gerichte oder durch öffentliche Besprechung der Frage in einem Urteil dahin wirke, daß die kantonalen Gerichte der Mitteilung der Berufungserklärung in extenso einführen. Das Bundesgericht habe aber mit Beschluß vom 24. März 1900 auch hievon Umgang genommen, indem es zwar wiederum die Zweckmäßigkeit der Anregung „allseitig" anerkannt, zugleich aber konstatiert habe, daß die Erfüllung eines solchen in einem Kreisschreiben ausgesprochenen Wunsches doch nur im Belieben der kantonalen obersten Gerichte stehe.

Das Obergericht entsprach dem Gesuch, durch folgenden

Beschluß:

Von der Weiterziehung kantonaler Urteile an das Bundesgericht soll, wenn der Streitwert mindestens 4000 Fr. beträgt, dem Berufungsbeklagten in der Weise Kenntnis gegeben werden, daß er eine Abschrift der bezüglichen Eingabe erhält.

Für die Weiterziehung bei Streitwerten unter 4000 Fr. ist Art. 67 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 40 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege maßgebend.

In allen Fällen der Weiterziehung sind die hierorts dadurch erwachsenden Kosten (Schreib- und Stempelgebühr und Porto) vom Berufungskläger zu beziehen.

(26. Januar 1901.)

II. Wechselprotest.

Protestbeamte, Verurkundung des Protestaktes. Art. 814 Obl.-R.

Unterm 16. Mai 1892 erließ das Obergericht des Kts. Zürich folgendes Kreisschreiben an die Notare und Bezirksgerichte: (Obergerichtl. Rechenschaftsbericht pro 1892, S. 225/6.)

„Die Wahrnehmung, daß die Notare öfters die Wechselproteste nicht selbst besorgen, sondern beliebig durch Angestellte aufnehmen lassen und lediglich die Protesturkunde unterzeichnen, veranlaßt uns zu folgenden Mitteilungen.

„Nach dem Gesetz betr. die Einteilung des Kantons in Notariatskreise vom 14. Dez. 1873 § 10 Ziff. 4 ist die Aufnahme der Wechselproteste nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 84 ff. des Gesetzes betr. das Notariatswesen vom 26. Juni 1839 Sache der Notare, und nach § 6 des ersteren Gesetzes können sich dieselben hiefür, wie bei allen ihren Funktionen, durch einen, nach Maßgabe dieser Vorschrift bestellten Substituten vertreten lassen. Hieraus folgt, daß die Übertragung der genannten Amtsverrichtungen an beliebige dritte Personen, z. B. Angestellte, durchaus unstatthaft ist. Das nämliche ergiebt sich aus Art. 814 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, wonach jeder Protest durch einen Notar oder durch eine obrigkeitlich — und zwar durch die kantonale Behörde (s. Kommentare von Hafner und Schneider) — ermächtigte Personen aufgenommen werden muß.

„Auf Grund der ihm durch letztere Vorschrift offen gelassene Kompetenz und mit Rücksicht auf das in dieser Hinsicht vorhandene Bedürfnis nimmt nun das Obergericht keinen Anstand, eine unterm 29. April 1875 speziell dem Notar der Stadt Zürich erteilte Ermächtigung (Rechenschaftsbericht 1875 S. 39) auf sämtliche Notare auszudehnen, und es wird demgemäß folgendes bestimmt:

„Den Notaren wird gestattet, sich zur Aufnahme von Wechselprotesten, abgesehen von ihren gesetzlichen Substituten, auch anderer im Besitze des Aktivbürgerrechtes befindlicher Angestellter zu bedienen, in der Meinung jedoch, daß deren Bestellung der Genehmigung des Bezirksgerichtes unterliegt, welches dieselbe erst nach Prüfung der diesfälligen Ausweise für die vorgeschlagenen Personen erteilen soll. Die Namen dieser Angestellten sind vom Bezirksgerichte jeweilen sofort im Amtsblatt zu publizieren und ferner dem Obergerichte im jährlichen Visitationsberichte über die Notariatskanzleien zur Kenntnis zu bringen.

„Die durch solche Angestellte aufgenommenen Proteste sind nichtsdestoweniger ausschließlich vom Notar zu unterzeichnen, dagegen ist im Kontext der Protesturkunde der Name des Gehülfen, welcher die Erklärung des Wechselschuldners entgegengenommen hat, unter Angabe dieser Eigenschaft desselben aufzunehmen."

Das Schweiz. Bundesgericht hat nun diese Anweisung in dem von ihm am 2. März 1901 erlassenen Urteil in Sachen des Comptoir d'Escompte du Jura in Basel, Beklagten und Appellanten, gegen Adele Landolt-Imer in Neuenstadt, als Klägerin und Appellatin, als im Widerspruch mit Art. 814 Obl.-R. stehend und einen auf Grund dieses Verfahrens erhobenen Protest als ungültig erklärt.

Der Sachverhalt ist in Kürze folgender: Ende August 1898 war bei der Schweiz. Kreditanstalt in Zürich als Domiziliatin durch die Zürcher Kantonalbank als letzte Indossatarin ein von L. Schneider in Neuenstadt ausgestellter Eigenwechsel im Betrage von Fr. 26,000. — zur Zahlung vorgewiesen, aber die Einlösung aus dem Grunde verweigert worden, weil keine Deckung eingegangen sei. Durch den Notar der Stadt Zürich wurde hierauf eine Protesturkunde ausgestellt, und der Wechsel ging nun an das Comptoir d'Escompte du Jura in Basel zurück, welches Regreß auf die Witwe Landolt-Imer in Neuenstadt, zu deren Gunsten der Wechsel lautete, nehmen wollte, mit dieser aber in Streit geriet, weil nach ihrer Behauptung der Protest an Mängeln leide, die ihn als ungültig erscheinen lassen müssen. Diese Einrede wurde durch den Appellations- und Kassationshof des Kts. Bern als begründet erachtet und der Protest als ungültig erklärt, einmal, weil der Notar K., der die Urkunde als Beamter unterzeichnete, den Wechsel bei Erhebung des Protestes nicht selbst, sondern durch einen seiner Angestellten zur Zahlung präsentiert hatte und weil ferner in der Urkunde die physische Person nicht erwähnt war, an die als Vertreterin der Kreditanstalt die Zahlungsaufforderung gerichtet worden war und welche die im Protest angegebene Antwort erteilt hatte. Da die Zürcher Kantonalbank daher wegen Ungültigkeit des Protestes kein Regreßrecht gegen die vorhergehenden Indossanten zustand, so besaß auch die Klägerin kein solches und mußte ihr Anspruch als unbegründet abgewiesen werden.

Das von dem unterlegenen Comptoir d'Escompte angerufene Bundesgericht hat zwar den zweiten Einwand, daß in der Protesturkunde auch der Name der physischen Person, der als Vertreterin der Kreditanstalt der Wechsel vorgewiesen worden war, einstweilen unentschieden gelassen, indes die angefochtene Entscheidung aus dem Grund der ersten Einrede bestätigt. Das Bundesgericht erklärte, wie wir vernehmen:

1. Der Protestakt könne nur von einem Protestbeamten, der nach der kantonalen Gesetzgebung von der zuständigen Behörde als solcher ernannt sei, vorgenommen werden. (Im Kt. Zürich vom Notar oder dessen Substituten, der nicht nur im Besitze des Aktivbürgerrechtes, sondern auch des Wahlfähigkeitszeugnisses als Notar sein muß.)

2. Protestakt und Abfassung, sowie Unterzeichnung der Protesturkunde müssen von dem nämlichen Protestbeamten ausgehen.

Dieser Entscheid des Bundesgerichtes hat das Obergericht veranlaßt, am 6. März 1901 folgendes Kreisschreiben an die Bezirksgerichte und Notare zu richten:

Das Obergericht ist im Falle, Ihnen Nachstehendes zur Kenntnis zu bringen:

Der im Rechenschaftsberichte für 1892 auf Seite 225 wiedergegebene obergerichtliche Beschluß betreffend die Bewilligung der Verwendung einfacher Kanzleiangestellter zur Aufnahme von Wechselprotesten ist durch bundesgerichtliches Urteil vom 2. d. M. als mit Art. 814 des Obligationenrechtes nicht vereinbar erklärt worden. Das Obergericht hat daher heute beschlossen, jener durch Kreisschreiben vom 16. Mai 1892 mitgeteilte Beschluß sei aufgehoben.

Die Notare müssen demnach künftighin wieder alle Wechselproteste persönlich aufnehmen oder durch ihren gesetzlichen Stellvertreter beziehungsweise einen nach Maßgabe des Notariatsgesetzes aus der Zahl der patentierten Notariatskandidaten bestellten Substituten aufnehmen lassen. Zur Gültigkeit des Protestes gehört auch, daß der handelnde Beamte die Protesturkunde selbst unterzeichnet.

Bis zur Bewerkstelligung einer allfälligen Gesetzesänderung dürfte es sich empfehlen, daß zwischen den in Zürich wohnhaften Amtsinhabern der Notariate Zürich-Altstadt, Enge, Wiedikon, Außersihl, Oberstraß, Hottingen und Riesbach im Einverständnis mit den hauptsächlichsten Bankinstituten eine angemessene Teilung in die Arbeit der Protestaufnahme stattfände, da hiefür die Notare aller Kreise in gleicher Weise zuständig sind.

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

Bürgschaft.

Der Bürge, welcher in der dem Gläubiger erkennbaren Voraussetzung, daß neben ihm noch jemand als Bürge eintrete, seine Verpflichtung eingeht, haftet, wenn den Gläubiger ein Verschulden daran trifft, daß der Regreß auf den in Aussicht genommenen Mitbürgen nicht möglich ist, nur auf die Hälfte.

Unterm 25. Februar 1899 unterzeichneten der Vater des Beklagten F. W. Sulzberger neben Dr. H. Krattiger zu Gunsten der Klägerin, eines zürcherischen Bankinstitutes, einen Bürgschaftsschein, dessen Eingang folgendermaßen lautete: „Endesunterzeichnete ..... erklären hiemit, der ... (Name des Bankinstitutes) für das dem A. Steiner bewilligte Darlehen von Fr. 2000. — ... solidarisch als Bürgen und Selbstzahler so lange zu haften, bis die Kreditorschaft für ihre Forderung gänzlich befriedigt ist.“ — Dr. H. Krattiger zeichnete „p. pa. Ph. Krattiger-Sterzel.“ A. Steiner kam in Konkurs und die Bank betrieb nun zunächst die Firma Ph. Krattiger-Sterzel aus deren Bürgschaftsverpflichtung. Nach erfolgter provisorischer Rechtsöffnung erhob jedoch die genannte Firma Aberkennungsklage und wurde damit vom Bezirksgericht Zürich geschützt. Dasselbe ging davon aus, der Prokurist habe keine das Geschäft verpflichtende Bürgschaftserklärung abgeben können, weil dies außerhalb des Rahmens der von der Firma betriebenen Geschäfte (An- und Verkauf von Liegenschaften) falle. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen.

Die Klägerin hielt sich hierauf an den Beklagten F. W. Sulzberger, welcher den Nachlaß seines inzwischen verstorbenen Vaters angetreten hatte. Derselbe zahlte 1000 Fr., verweigerte dagegen die Entrichtung des übrigen Bürgschaftsbetrages, da die Klägerin schon bei Entgegennahme der Bürgschaftsverpflichtungen sich darüber habe klar sein müssen, daß diejenige des Dr. H. Krattiger ungültig sei, woraus sich die Anwendbarkeit von Art. 508 Obl.-R. ergebe. Überdies habe der Vater Sulzberger bei Eingehung der Bürgschaft davon ausgehen dürfen, daß neben der seinigen noch eine andere, gültige Bürgschaft bestehe. Das Bezirksgericht schützte die Klage von folgenden Gesichtspunkten aus: Der Beklagte behaupte mit Recht nicht die Ungültigkeit der Bürgschaft seines Rechtsvorfahren wegen Nichteintretens einer Bedingung oder wegen Irrtums; eine Bedingung liege nämlich nach dem Tenor des Bürgscheins zweifellos nicht vor und ein eventueller Irrtum betr. die Mithaftung eines weitern Bürgen könnte höchstens als Irrtum im Motiv angesehen werden. Da die Verpflichtung des Beklagten somit rechtsgültig sei, so könne er, weil es sich um Solidarbürgschaft handle, prinzipiell für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden; dagegen frage es sich allerdings, ob aus irgend einem Grunde eine Reduktion derselben in dem vom Beklagten gewollten Maße einzutreten habe. In dieser Beziehung sei zunächst festzustellen, daß der vom Beklagten angerufene Art. 508 Obl.-R. nicht zutreffe, weil diese Bestimmung den Gläubiger dem Bürgen gegenüber nur dafür verantwortlich mache, daß er nicht zu dessen Nachteil die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen Sicherheiten vermindere. Nun sei aber die Verpflichtung der Firma Ph. Krattiger-Sterzel von Anfang an ungültig gewesen und habe daher nicht eine Sicherheit repräsentiert, die nachträglich in Wegfall gekommen wäre.

Eine Beschränkung der Haftung des Beklagten lasse sich aber weiter auch nicht damit begründen, daß die Klägerin ihm den Regreß auf einen Mitbürgen zugesichert habe, da der Beklagte das Vorliegen einer solchen Zusicherung nicht behaupte. Im Gegenteil falle der Umstand ins Gewicht, daß Sulzberger sich solidarisch als Bürge und Selbstzahler verpflichtet habe. Die Erwägungen, von welchen aus die Praxis dazu gelangt sei, dem einfachen Bürgen, der sich im Vertrauen auf die Mithaftung eines weiteren Bürgen verpflichtet habe, die Rechtswohlthat der Teilung zuzugestehen, falls sich die Verpflichtungserklärung des Mitbürgen als ungültig herausstelle und der Gläubiger jene Voraussetzung des Bür-

gen gekannt habe, greifen dem solidarisch verpflichteten Bürgen gegenüber nicht Platz. Eine solche Ausdehnung der bezeichneten Praxis würde den Zweck der Bestellung solidar-verpflichteter Bürgen, welcher darin liege, dem Gläubiger erhöhte Sicherheit zu verschaffen, in der Mehrzahl der Fälle illusorisch machen. Immerhin sei auch dem Solidarbürgen unter Umständen verhältnismäßige Reduktion seiner Verpflichtung zu gewähren, so namentlich dann, wenn sein Rückgriffsrecht gegen den oder die Mitbürgen durch ein Verschulden des Gläubigers unwirksam geworden sei. Ein solches Verschulden könne indessen der Klägerin nicht zur Last gelegt werden. Einerseits habe dieselbe nämlich unter den speziellen Umständen sehr wohl annehmen dürfen, daß die Bürgschaftsverpflichtung des Dr. H. Krattiger für die von ihm vertretene Firma verbindlich sei und anderseits sei es nicht etwa die Klägerin, sondern der Schuldner Steiner gewesen, welcher für Beibringung der Bürgschaftserklärungen gesorgt habe. Demgemäß sei es Sache des Bürgen und nicht des Gläubigers gewesen, sich vor Unterzeichnung der Bürgschaft über das Vorhandensein aller der Momente zu vergewissern, welche ihm die rechtsgültige und erfolgreiche Mithaftung des neben ihm sich Verbürgenden garantierten.

Die vom Beklagten Sulzberger gegen diesen Entscheid gerichtete Berufung wurde von der Appellationskammer des Obergerichtes gutgeheißen:

Gründe.

1. Die Entscheidung des Prozesses hängt von der Frage ab, welchen rechtlichen Einfluß auf die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten, der sich mit der Firma Ph. Krattiger der Klägerin gegenüber verbürgen wollte, die Thatsache ausübt, daß die Unterschrift des Prokuristen der genannten Firma auf der Bürgschaftsurkunde für die Firma nicht rechtsverbindlich war, die letztere also überhaupt nicht in das Bürgschaftsverhältnis eingetreten ist. Die erste Instanz hat die Einrede des Beklagten, daß er unter diesen Umständen nur für die Hälfte der verbürgten Summe in Anspruch genommen werden dürfe, als unbegründet erklärt und die Klage gutgeheißen. Die vom Beklagten gegen dieses Urteil ergriffene Appellation muß als begründet erklärt werden.

2. Der Umstand, daß ein Bürge sich nur unter der Voraussetzung verbürgen will, daß noch ein anderer neben ihm in die Bürgschaftsverpflichtung eintrete, kann nicht dazu führen, die eingegangene Verpflichtung als unverbindlich zu erklären, wenn jene Voraussetzung nicht zutrifft, es sei denn, daß die Bürgschaft nur unter der Bedingung eingegangen wurde, daß noch eine oder mehrere Personen als Mitbürgen unterzeichnen. Der Beklagte hat auch diesen Standpunkt nicht eingenommen, sondern ohne weiteres die Hälfte der Schuld des Hauptschuldners Steiner an die Klägerin bezahlt. Dagegen haben sich allerdings Theorie und Praxis übereinstimmend dahin ausgesprochen, daß, wer als Bürge in gutem Glauben und unter der dem Gläubiger erkennbaren Voraussetzung, daß neben ihm noch andere als Bürgen eintreten, sich verpflichtet, eine entsprechende Reduktion seiner Bürgschaftsverpflichtung verlangen kann, wenn diese anderen Personen gar nicht Bürgen geworden sind, sei es, daß sie um die Bürgschaft überhaupt nicht angegangen wurden, sei es, daß ihre Bürgschaftserklärung von Anfang an rechtsungültig war. (Ullmer Kommentar Sup. 3487; H. R. E. X. 330; Zeitschrift d. bern. Jur. Ver. 19, 470, 25, 459, 27, 165, B. G. E. XXI, 803, XXII, 105; Seuffert 31 Nr. 140; Hafner Kom. § 489 N. 1, 496 N. 4 b; Windscheid Pandekten, § 479. Dernburg, Preuss. Privatrecht erste Auflage B. II p. 656; anders dagegen in Pandekten B. II § 81).

Mit dieser Auffassung steht durchaus nicht im Widerspruch die Entscheidung des Bundesgerichtes in B. XXVI pag. 287 speciell 294/295, auf welche das Urteil der ersten Instanz zur Begründung der Gutheißung der Klage abstellt, da hier die thatsächlichen Verhältnisse ganz andere sind, insbesondere als festgestellt betrachtet wurde, daß der Beklagte sich auch für den Fall als Bürge verpflichtet betrachtete, daß der andere Bürge nicht eintrete und es hat das Bundesgericht nur dahin sich ausgesprochen, daß der Bürge seine Bürgschaft nicht aus Irrtum über

den Umfang seiner Verpflichtung (Art. 19 Ziff. 4 d. O. R.) anfechten könne, auch wenn er unter der Voraussetzung gebürgt hätte, daß neben ihm noch ein anderer Bürge sei; die Frage, ob aus diesem Grunde der Bürge eine Reduktion der Verpflichtung zu beanspruchen habe, war deswegen nicht zu entscheiden, weil der betreffende Bürge selbst für sich und seinen Bruder den Bürgschein unterzeichnet hatte und daher selbstverständlich gegen die Klage des Gläubigers nicht die Einrede erheben konnte, er hafte nur für die Hälfte.

3. Im vorliegenden Falle hatte die Klägerin dem Schuldner ein Bürgschaftsformular übergeben, aus dessen Text (Pluralform) der Beklagte entnehmen konnte, daß die Klägerin sich nicht mit einem einzigen Bürgen begnüge, sondern mehrere Bürgen verlange, wie überhaupt als allgemein bekannt betrachtet werden darf, daß Banken Darlehen regelmäßig nur gegen Bürgschaft mehrerer Personen gewähren. Der Beklagte, der auf Verlangen des Hauptschuldners sich in erster Linie verbürgte, und welchem erklärt wurde, daß neben ihm noch die Firma Ph. Krattiger als Bürge eintrete, durfte daher von der Annahme ausgehen, daß die Klägerin auch nur eine Bürgschaftserklärung acceptiere, welche von zwei Bürgen ausgestellt sei. Es darf daher nach den Akten ohne weiteres angenommen werden, daß der Beklagte nur unter der Voraussetzung die Bürgschaftsverpflichtung einging, daß neben ihm noch eine zweite Person als Bürge figuriere und daß er also darauf rechnen durfte, daß für den Fall er als Solidarbürge die ganze Schuld bezahlen müsse, die Klägerin in der Lage und verpflichtet sei, ihm den Regress auf den zweiten Mitbürgen zu gewähren. Die Klägerin, die selbst einen Bürgschein in der Pluralform ausgestellt hat und damit auch dem Bürgen gegenüber die Zusicherung gab, daß sie sich nicht mit einem Bürgen begnüge, konnte auch gar nicht im Zweifel darüber sein, daß der Beklagte mit Rücksicht auf den Wortlaut der von ihr verfaßten Bürgschaftsurkunde seine Bürgschaftserklärung nur unter der Voraussetzung und in der auch der Klägerin erkennbaren Auffassung erteilte, daß neben ihm noch jemand als Bürge eintrete, auf den ihm eventuell der Rückgriff zustehe. Ebensowenig ist daran zu zweifeln, daß die Klägerin die nur vom Beklagten unterzeichnete Bürgschaft gar nicht acceptiert und darauf kein Darlehen erteilt hätte. Wenn nun die Klägerin, nachdem der zweite Bürge weggefallen ist, die Bürgschaftsverpflichtung in vollem Umfange gegen den Beklagten geltend machen will, ohne ihm den in Aussicht gestellten Regreß auf einen zweiten Bürgen verschaffen zu können, kann der Beklagte dieser Klage gegenüber mit Recht die Einrede der Arglist entgegenstellen. Der Bürge kann die Bezahlung des ganzen Betrages so lange verweigern, bis ihm der Gläubiger die rechtliche Möglichkeit des Rückgriffes auf den Mitbürgen verschafft, dessen Eintritt er erwarten durfte, weil eben der Bürge auf Grund des vom Gläubiger ausgestellten Bürgscheines in gutem Glauben zu der Annahme berechtigt war, daß der Gläubiger nur gegen Bürgschaft von mindestens zwei Personen das Darlehen gewähre.

Die erste Instanz führt aus, daß dieser Standpunkt (wonach dem Bürgen, welcher in der dem Gläubiger erkennbaren Voraussetzung des Beitrittes mehrerer Bürgen sich verpflichtet habe, eine entsprechende Reduktion der Bürgschaft bei Wegfall der übrigen Bürgen zu gewähren sei), jedenfalls vom Solidarbürgen nicht eingenommen werden könne, weil der Zweck der Solidarbürgschaft eben gerade darin bestehe, den Gläubiger auch für den Fall zu schützen, daß aus irgend einem Grunde ein Bürge in Wegfall komme. Allein dabei übersieht die erste Instanz, daß nur die auf dem Bürgschaftsvertrag beruhende Bürgschaftsschuld die eigene Schuld des Bürgen ist (Hafner § 489 N. 5) und daß der Gläubiger den Bürgen nur gemäß und im Umfange der von ihm in der Bürgschaftserklärung eingegangene Verpflichtung haftbar machen kann; das gilt auch bezüglich der Solidarbürgschaft; wenn der Gläubiger ausdrücklich oder durch concludente Handlung dem Solidarschuldner die Zusicherung gegeben hat, daß neben ihm noch andere Solidarbürgen eintreten, und ihm damit die rechtliche Möglichkeit des Regresses auf

andere in Aussicht stellt, kann er eben die Bürgschaft nur geltend machen, wenn er demjenigen, den er für die ganze Schuld in Anspruch nimmt, den zugesicherten Regreß verschaffen kann. Es würde sich allerdings fragen, ob der Gläubiger eine solche Einrede des Bürgen nicht mit der Behauptung zurückzuweisen berechtigt wäre, daß der Regreß, auf den der Bürge Anspruch hat, deswegen von keiner Bedeutung sei, weil der weggefallene Mitbürge zahlungsunfähig gewesen wäre. Allein diese Behauptung ist im vorliegenden Falle nicht aufgestellt worden.

Der Bürge kann aber unter allen Umständen dann eine Reduktion seiner Bürgschaftsverpflichtung verlangen, wenn den Gläubiger daran ein Verschulden trifft, daß der Regreß auf den in Aussicht genommenen Mitbürgen nicht möglich ist; das trifft aber im vorliegenden Falle zu; die Klägerin war auf alle Fälle verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der in Aussicht genommene Mitbürge, die Firma Ph. Krattiger, in rechtsgültiger Weise ihre Unterschrift gebe; wenn sie daher mit der Unterschrift des Prokuristen sich begnügte, der zur Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung für die Firma nach Art. 423 d. Obl.-R. nicht berechtigt war, kann darunter der Beklagte nicht zu Schaden kommen, der sich darauf verlassen durfte, daß der Gläubiger nur eine rechtsgültige Unterschrift entgegennehme.

(23. Februar 1901.)

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung u. Konkurs.

I. Konkurseröffnung.

Dieselbe wird nicht gehindert durch die bloße Anhandnahme eines Zwangsnachlaßgesuches, sondern erst durch vorläufige Gewährung der sog. Nachlaßstundung.

W. beschwerte sich darüber, daß das Bezirksgerichtspräsidium W. sich weigere, über das von ihm gegen R. G. & Cie. gestellte Konkursbegehren zu entscheiden, weil beim Bezirksgerichte als erstinstanzlicher Nachlaßbehörde ein Gesuch der betriebenen Firma um die Rechtswohlthat des Nachlaßvertrages anhängig und in Behandlung gezogen sei, und erst nach Erledigung dieses Gesuches auf das Konkursbegehren eingetreten werden könne.

Der Bezirksgerichtspräsident machte hiefür noch geltend, daß die Nachlaßbehörde das Accommodementsgesuch der Firma G. & Cie. an Hand genommen habe und zur Prüfung der Verhältnisse eine gewisse Zeit erforderlich sei, und daß billigerweise das Recht auf Bewilligung des Nachlaßvertrages nicht durch sofortige Konkurseröffnung abgeschnitten werden dürfe. Die Beschwerde wurde als begründet erklärt und das Bezirksgerichtspräsidium W. angewiesen, über das Konkursbegehren sofort zu entscheiden.

Gründe:

Die Beschwerde erscheint als begründet, da das Betreibungsgesetz unzweideutig erklärt, daß nur bei vorläufiger Gewährung der sog. Nachlaßstundung eine Suspension der Betreibungen erfolge (vgl. Rech.-Ber. 1893 Nr. 324 und Handelsr. Entsch. Bd. XII S. 236). Besonders da, wo das Bezirksgericht zugleich Nachlaßbehörde ist (wie im Kanton Zürich), sollte es leicht möglich sein, binnen weniger Tage über die Frage des Eintretens auf ein Nachlaßbegehren im Sinne der Art. 294 und 295 Sch.- u. K.-G. einen Entscheid zu bewirken.

(26. Januar 1901.)

II. Nachlassvertrag.

Rechtsstellung des gerichtlichen Sachwalters. Pflicht zur Herausgabe der Aktiven bei Beendigung des Verfahrens.

Die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs verlieren das Recht zur Kontrolle über den Sachwalter nicht mit dem Momente, in welchem der Nachlaßvertrag rechtskräftig abgewiesen worden ist; denn die Thätigkeit des Sachwalters hat ihr Ende doch erst dann erreicht, wenn der

Schuldner wieder in die freie Verfügung über sein Vermögen eingesetzt ist. Zur Abwicklung der Geschäftsführung des Sachwalters gehört daher zweifelsohne auch die Ablieferung der verwalteten Aktiven an den Schuldner und es geht nicht an, den letztern, der bei der Bestellung des Sachwalters nichts zu sagen hat, auf den ordentlichen Civilweg zu verweisen, wenn der Sachwalter mit seiner Schlußthätigkeit in Verzug gerät; es liegt auch nicht ein civilrechtliches Mandatsverhältnis zwischen Schuldner und Sachwalter vor, sondern ein den Grundsätzen des Betreibungs- bezw. Konkursrechtes (Art. 295 ff.) unterliegendes Rechtsverhältnis eigener Natur. Der Schuldner hat zweifellos das Recht, nach Verwerfung des Nachlaßvertrages sofortige Herausgabe der etwa noch in den Händen des Sachwalters befindlichen Aktiven zu verlangen und zu diesem Zwecke wird er nötigenfalls den Beschwerdeweg einschlagen können. Auch hat der Sachwalter auf die Gläubiger, welche von ihm die Zurückhaltung der Aktiven verlangen, nicht zu hören, da er, nachdem der Nachlaßvertrag gescheitert, die Interessen der Gläubiger nicht mehr zu vertreten hat.

(25. Okt. 1900.)

Litteratur.

Dr. Berthold Pick: Die Lohnbeschlagnahme nach Österr. und Deutschem Recht. Zugleich ein Beitrag zur jurist. Begriffsbildung. — Wien 1900. (160 S.)

Im Unterschied zum schweiz. Recht, welches die Frage der Pfändbarkeit von „Lohnguthaben, Gehalten und Diensteinkommen jeder Art“ in dem B. G. betr. Schuldbetreibung und Konkurs in sehr summarischer Weise regelt, besitzen Deutschland und Österreich eigene Lohnbeschlagnahmegesetze, (jenes vom 21. Juni 1869, dieses vom 29. April 1873, sich in bewußter Weise an das erstere anlehnend) welche die Materie eingehend ordnen. Die systematische und vergleichende Darstellung dieser Spezialgesetze, deren Zweck der Schutz der Lohnguthaben gegenüber dem Zugriff treibender Gläubiger ist, hat sich der Verfasser der im Titel genannten Broschüre, die einen Separatabdruck aus dem XXVIII. Bd. von Grünhuts Zeitschrift bildet, zur Aufgabe gesetzt. — Aus der historischen Einleitung mag als Curiosum hervorgehoben werden, daß die erste dem Verfasser bekannte Verordnung, welche die Exemption des Arbeitslohnes von der Beschlagnahme garantiert, in dem Tyroler Weistum vom Jahre 1510 enthalten ist, welches dies zu Gunsten des auch sonst privilegierten Standes der Bergarbeiter normiert.

1. Im systematischen Teil wird zunächst als grundlegende Voraussetzung der Anwendbarkeit der Lohnbeschlagnahmegesetze in Anlehnung an deren Wortlaut das Bestehen eines Dienstverhältnisses bezeichnet und dasselbe als Abhängigkeitsverhältnis charakterisiert. Nicht das Bestehen eines Dienstvertrages, sondern erst dasjenige eines Dienstverhältnisses verschafft dem Dienstnehmer die Wohlthaten des Gesetzes. — Ob diese Unterscheidung dem Willen des Gesetzgebers entspreche, entzieht sich, da die Gesetzestexte selbst nicht vorliegen, unserer Beurteilung; wir begnügen uns, hier auf eine von Pick selbst gezogene Konsequenz hinzuweisen. Darnach würde das Lohnguthaben eines Arztes, der gleichzeitig von einer Krankenkasse angestellt ist und daneben noch Privatpraxis treibt, nur soweit es aus der ersten Thätigkeit entspringt, unter das Lohnbeschlagnahmegesetz fallen. Nach schweiz. Recht wäre eine solche Unterscheidung wohl überflüssig.

2. Sodann wird betont, daß nur diejenigen Bezüge des Privilegs teilhaftig werden, welche sich wirtschaftlich als Erfolg der im Dienstverhältnis geleisteten Arbeit charakterisieren. Wichtig ist dies namentlich in den zahlreichen Fällen, wo im kaufmännischen Gewerbe Angestellte gleichzeitig am Geschäftsgewinn partizipieren, da hier eine Unterscheidung von reinem und daher privilegierten Arbeitereinkommen und nicht privilegierter Gewinnpartizipation häufig notwendig, oft aber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Das u. a. hier angeführte Beispiel vom socius

einer Handelsgesellschaft, der gleichzeitig deren Angestellter ist, dürfte indessen insofern kaum zutreffen, als sein Gewinnanteil gewiß nicht als „Diensteinkommen“ qualifiziert werden kann.

3. In denjenigen Fällen, wo jemand gleichzeitig Einkommen aus einem Dienstverhältnis und aus andern Erwerbsquellen bezieht, genießt ersteres nur dann das Pfändungsprivileg, wenn die entsprechende Thätigkeit die hauptsächliche Erwerbsthätigkeit des Pfändungsschuldners bedeutet.

4. Beide Gesetze unterscheiden zwischen Lohnbezügen aus dauernder und nicht dauernder Anstellung. Als dauernd gilt eine solche, wenn sie mindestens auf 1 Jahr erfolgt ist oder die Kündigungsfrist wenigstens 3 Monate beträgt. Unter diesen Voraussetzungen beläuft sich das pfändungsfreie Minimum in Deutschland auf 1500 M., in Österreich auf 800 fl. vom Jahresgehalt. Aus nicht dauernden Verhältnissen resultierende Lohnforderungen sind nur insoweit pfändbar, als die Arbeit geleistet ist, für welche die Entlohnung zu zahlen war und der Tag, an welchem das Entgelt zur Auszahlung kommt, abgelaufen ist.

5. Von den Ausnahmen der dem Lohnguthaben gewährten Exemption wird insbesondere die Alimentenforderung eingehend behandelt. Der Grund, weshalb dieser der Zugriff auf das Lohnguthaben des Alimentenschuldners in erhöhtem Maße gestattet ist, wird ausschließlich in der wirtschaftlichen Aufgabe des Alimentes gefunden, die darin bestehen soll „die Weiterexistenz des forderungsberechtigten Subjektes zu ermöglichen“. (S. 71) Diese Begriffsbestimmung der Alimentation nach ihrem wirtschaftlichen Zwecke wird von Pick als Ausgangspunkt zu einer lebhaften Polemik gegen die heute herrschende Art jurist. Klassifizierung der einzelnen Rechtsgebilde überhaupt benützt. „Da die Jurisprudenz den einzigen Zweck hat, das wirtschaftliche Leben der Rechtssubjekte zu regeln, so müssen die Beziehungen zum wirtschaftlichen Leben, nicht aber irgendwelche willkürlich herausgegriffene oder geschaffene juristische Merkmale, den Maßstab für Identität oder Disparität der jurist. Begriffe abgeben.“ „Die Jurisprudenz hat jene Gebilde, welche ihr vom wirtschaftlichen Leben als fertige gebracht werden, nur zu ordnen und ist nicht befugt, die ökonomischen Gebilde in juristische umzuwandeln.“ Die Ausführungen Picks mögen manches Berechtigte enthalten und die Warnung davor, das wirtschaftliche Wesen eines Rechtsverhältnisses über seinen juristischen Funktionen zu vergessen, verdient Beachtung. Dagegen fragt es sich doch, ob die wirtschaftliche Seite eines Rechtsverhältnisses auch stets genügen wird, um dasselbe in hinlänglicher Weise von anderen zu unterscheiden. Können doch unbestreitbar verschiedene jurist. Gebilde oft einem und demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen, ohne deswegen eine Einheit zu bilden. Bürgschaft, Faustpfand, Wechselzeichnung haben alle den wirtschaftlichen Zweck der Kreditbeschaffung und sind doch unter sich höchst verschiedene Erscheinungen. Und gerade die von Pick aufgestellte Definition des Alimentes dürfte zeigen, daß der wirtschaftliche Zweck eines Institutes nicht schlankweg mit dessen Wesen identifiziert werden darf. Oder hat nicht gerade auch die Solution der Lohnforderung den wirtschaftlichen Zweck, die Fortexistenz des forderungsberechtigten Subjektes zu ermöglichen? —

Fragt es sich, inwieweit die vorliegende Broschüre für den schweiz. Juristen von praktischem Werte sei, so sind allerdings die für unsere Rechtsverhältnisse direkt anwendbaren Resultate der Untersuchungen Picks wenig zahlreich. Die Regelung der Materie ist eben hüben und drüben zu verschieden! bei uns das rein subjektive Ermessen des Betreibungsbeamten, welches darüber entscheidet „was dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich notwendig“ sei, bei unseren Nachbarn feste Normen, welche den Anspruch erheben, für jeden Fall die Frage ob und wie weit eine Lohnforderung mit Beschlag belegt werden könne, von vornherein zu regeln. Nichtsdestoweniger wird auch der schweiz. Jurist die Schrift Picks nicht ohne Nutzen lesen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. April 1901. XX. Band. No. 7.

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postställen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen **Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Konventionalstrafe. II. Urteile der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Baurecht, b) Schuldübernahme. III. Entscheidungen der bern. kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetr. u. Konkurs betr. a) Konkursbetreibung, b) Kompetenzstücke. IV. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Pfandverwertung von Zubehörden, b) Betreibungsfortsetzung im Konkursfall, c) Pfändung. V. Litteratur.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

18. Januar 1901.

Konventionalstrafe.

Bereicherungs- oder Schadensersatzklage (Konventionalstrafe)? — Vertragliches Versprechen eines Rechtsagenten gegenüber einem Rechtsanwalt, alle ihm eingehenden Prozeßsachen diesem zuzuweisen, Umgehung durch Anstellung eines Rechtsanwaltes auf seinem Bureau. Einrede der Ungültigkeit des Vertrages wegen angeblicher Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, angeblicher Unsittlichkeit der Verabredung, mit Rücksicht auf die Klienten, wegen unbestimmter Dauer der Verpflichtung und angeblicher unstatthafter Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. — Reduktion der Konventionalstrafe wegen „Übermäßigkeit"? Teilweise Vertragserfüllung.

Unterm 10. Februar 1899 schlossen A., Inhaber des zürcherischen Befähigungsausweises für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, und B., Rechtsagent, einen Gesellschaftsvertrag zur gemeinsamen Betreibung ihrer Berufe ab. Durch Vertrag vom 5. Juni 1900 vereinbarten sie u. a. folgendes: 1. „Mit Ende Juni ds. Js. wird die Kollektivgesellschaft A. und B., Advokatur und Inkasso, aufgehoben, und es geht das Advokaturgeschäft an A. und das Inkassogeschäft an B. über behufs separatem Betrieb und auf alleinige Rechnung jedes einzelnen. 2. B. verpflichtet sich, sämtliche Prozeßsachen an A. zu überweisen, solange dieser das Advokaturbureau persönlich betreibt. 3. Hiefür, sowie für die spätere gänzliche Überlassung des Geschäftes bezahlt B. an A. Fr. 10,000, und zwar Fr. 5000 sind bereits bezahlt, und Fr. 5000 mit der gänzlichen Überlassung des Geschäftes. 4. Bei Nichteinhaltung der sub 2 eingegangenen Verpflichtungen hat B. die bereits geleisteten Fr. 5000 zurückzuerstatten. 10. B. ist es gestattet, nach gänzlicher Auflösung des Inkassogeschäftes ein eigenes Verwaltungsbureau auf eigene Rechnung zu führen. Inkassoaufträge und Prozeßsachen sind nach wie vor unter den sub 4 erwähnten Folgen bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung an A. zu überweisen."

Mit gerichtlicher Klage verlangte nun A., daß B. verpflichtet werde, ihm Fr. 5000 nebst Verzugszins zu bezahlen. Hiefür brachte er vor: Bei Eingehung der Gesellschaft habe der Beklagte, der damals ein Rechtsagenturbureau betrieben habe, in Aussicht genommen, dem Kläger später das ganze Geschäft zu überlassen, und für diesen Fall habe er (Kläger) sich verpflichtet, die Fr. 10;000 zu bezahlen; bei der Vertragsauflösung habe der Beklagte das Rechtsagenturbureau einstweilen für sich reserviert, immerhin sei auch damals noch die spätere Übertragung des ganzen Geschäftes in Aussicht genommen worden. Die Klage stütze sich darauf, daß der Beklagte seine Vertragspflicht, sämtliche Prozesse dem Kläger zu übertragen, verletzt habe. Während nämlich die Parteien mit Cirkular vom 1. Juli 1900 die „Trennung" ihres Geschäftes angezeigt, habe der Beklagte schon am 13. gl. Mts. durch Inserat in der „Neuen Zürcher-Zeitung" für sein Bureau einen patentierten Juristen gesucht und kurz darauf den C. als juristischen Angestellten engagiert und demselben die Führung mehrerer Prozesse vor Gericht übertragen; der Kläger habe dies mit Bezug auf 7 Fälle feststellen können.

Rechtlich qualifiziere die Klage sich als Rückforderung einer Leistung, die ihren Grund verloren habe (condictio sine causa), und zwar durch die Vertragsverletzung des Beklagten; dieser habe die Leistungen, wofür er die Fr. 5000 empfangen, nicht erfüllt und besitze letztere Summe daher ohne Grund. Eventuell sei die Klage als eine solche auf Schadensersatz aufzufassen, wegen Nichterfüllung des Vertrages seitens des Beklagten, wodurch dem Kläger die mit der Erfüllung verbundenen beruflichen Einnahmen entgangen seien. Eine Konventionalstrafe sei indes in der Vereinbarung des Schadensersatzes auf die Zahlung von Fr. 5000 nicht enthalten, vielmehr sei dies nur die Vereinbarung der Rückgabe des Empfangenen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und gegen diese eingewendet:

1. Ziffer 2 des Vertrages beziehe sich lediglich auf die zur Zeit der Gesellschaftsauflösung noch pendenten Geschäfte, soweit solche eine Prozeßführung nötig machen. Dies ergebe sich schon daraus, daß die Übertragung von Prozessen einen persönlichen Verkehr unter den Parteien erforderlich machen würde, während diese sich im Unfrieden getrennt und der Kläger dem Beklagten geschrieben habe, daß er jeden Verkehr mit seiner Person abbreche; damit habe er jedenfalls für die Zukunft auf die Zuweisung von Prozessen verzichtet.

2. Ein weiteres, über die pendenten Geschäfte hinausgehendes Versprechen würde, im Unterschied zu diesen, wofür die Vollmacht auf die Person beider bisherigen Associés gelautet habe, — eine unmögliche Leistung in sich geschlossen haben, weil das Prozeßmandat jederzeit widerruflich sei und der Beklagte nicht berechtigt sei, zu bestimmen, welchem Anwalt seine Klienten die Prozesse übertragen sollen. Wenn auch seine Vollmachtsformulare die Substitutionsklausel enthalten, so gelte dies doch nur im Verhältnisse nach außen, seinem Vollmachtgeber gegenüber.

Seine Vertragspflicht im genannten Sinne habe er nun erfüllt, indem er am 30. Juni 1900 die damals pendenten Prozesse dem Kläger übertragen habe und später noch weitere 14 Prozesse.

3. Die streitige Vertragsbestimmung habe sodann zur Voraussetzung, daß eine Substitution überhaupt notwendig sei. Nach dem Trennungsvertrag sei ihm die Weiterführung eines Rechtsbureaus offen geblieben, es wäre ihm also frei gestanden, sich wiederum mit einem Rechtsanwalt zu associeren und er sei auch berechtigt gewesen, einen im Besitz des Rechtsanwaltspatentes befindlichen Substituten anzustellen und diesen mit der Führung von Prozessen zu betrauen. Er gebe zu, daß er „ein paar untergeordnete Prozesse" durch C. habe führen lassen.

4. Die Vereinbarung, daß der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger künftig alle Prozeßsachen zuzuweisen, sei unsittlich und daher gemäß Art. 17 Obl.-R. ungültig. Jede vertragliche Erwerbung von Klienten durch einen Rechtsanwalt verstoße gegen die guten Sitten; denn die Bethätigung eines solchen gehöre zu den freien Diensten, deren Übertragung auf dem gegenseitigen Vertrauen beruhen müsse. Der Rechtsagent, dem der-

artige Geschäfte überwiesen werden, bedürfe ferner, auch wenn er Substitutionsvollmacht habe, für die Substituierung eines bestimmten Anwaltes immerhin noch der Ermächtigung seines Klienten, und zwar eines speciellen Auftrages. Unsittlich sei der Vertrag auch, weil der Beklagte dadurch eine Verpflichtung auf unbegrenzte Zeit hin übernommen habe, zumal eine solche, wodurch er in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit ungebührlich eingeschränkt und diese dadurch nahezu aufgehoben werde, nämlich teils mit Bezug auf die in einem Rechtsanwaltsbureau vorkommenden Geschäfte und Vorkehrungen, zu denen es nach dem zürcherischen Anwaltsgesetz des Advokaturpatentes nicht bedürfe, andernteils hinsichtlich des Verzichtes auf das Recht, sein Bureau mit demjenigen eines patentierten Anwaltes zu kombinieren oder einen solchen als Angestellten aufzunehmen.

Eventuell könne die Klage jedenfalls nur in wesentlich reduziertem Umfange geschützt werden; denn dieselbe stelle sich als Forderung einer Konventionalstrafe dar, nicht als Rückforderung, da die Fr. 5000 ja definitiv bezahlt worden seien, die Forderung aber auf eine Vertragsverletzung gestützt werde. Die Reduktion sei gerechtfertigt, weil der Kläger schon in erheblichem Maße die ihm vertraglich versprochenen Vorteile genossen habe, indem er 1899 als junger Jurist in das gut besuchte Rechtsbureau des Beklagten eingetreten und bis zur Vertragsauflösung an dessen ökonomischen Ergebnissen habe participieren können, und sodann auch mit Rücksicht auf die ihm bei und seit der Auflösung zugewiesenen Prozesse.

Der Kläger hat hiegegen noch geltend gemacht:

1. Der Einwand, daß die streitige Vertragspflicht sich nur auf die zur Zeit der Vereinbarung noch pendenten Prozesse beziehe, sei angesichts des ganzen Vertragsinhaltes arglistig.

2. Die vertraglich versprochene Leistung sei keine unmögliche; denn es sei damit offenbar nur gemeint gewesen, daß der Kläger den Beklagten in den Fällen substituiere, wo seine Klienten damit einverstanden seien, letztere pflegen aber gegen derartige Überweisungen überhaupt keine Einwendungen zu machen. Bei einem derartigen Vertrage habe es, ähnlich wie z. B. wenn ein Landarzt mit seinem Haus auch seine Praxis einem Nachfolger abtrete, die Meinung und ökonomische Bedeutung, daß dieser durch die thatsächlichen Verhältnisse in die Möglichkeit versetzt werde, viel leichter als sonst der Fall wäre, Kunden zu gewinnen.

Auch die Interpretation, daß der Beklagte trotz dem Vertrag berechtigt sei, die Prozesse einem zu diesem Zwecke aufzunehmenden Associé oder Angestellten zu überweisen, stehe in offenbarem Widerspruch mit dem klaren Vertragsinhalt.

3. In dem einem Rechtsanwalt abgegebenen Versprechen, eingehende Prozeßaufträge ihm zu überweisen, liege, gleichviel, ob dafür eine Gegenleistung vereinbart sei oder nicht, nichts Unsittliches, nicht einmal etwas Ungehöriges, ebensowenig wie in der Substitution eines Gesellschafters oder eines patentierten Bureauangestellten, derartige Verhältnisse kommen öfters vor, ohne Anstoß zu erregen. — Von einer unstatthaften Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Beklagten könne ebenfalls nicht die Rede sein.

Unbegründet sei auch das Begehren um eine Reduktion der eingeklagten Forderung.

Die Klage wurde gänzlich gutgeheißen.

Gründe:

1. Der rechtliche Charakter der Klage wird durch ihren Inhalt bestimmt. Sie geht auf Zahlung von Fr. 5000 auf Grund von Ziffer 4 des Gesellschaftsauflösungsvertrages der Parteien, wodurch der Beklagte sich verpflichtete, dem Kläger die genannte Summe „zurückzuerstatten“ bei Nichteinhaltung der in Ziffer 2 des Vertrages vereinbarten Verpflichtung des Beklagten zur Überweisung sämtlicher Prozeßsachen an den Kläger, und sie wird mit der Nichterfüllung letzterer Verbindlichkeit begründet. Die Bezeichnung der vom Beklagten für diesen Fall übernommenen Leistung als einer „Rückerstattung“ und die den Parteien dabei vorschwebende Identität der betreffenden Summe mit dem vom Kläger kurz nach seinem Eintritt in das bisherige Rechtsagenturbureau des Beklagten einbezahlten Betrage begrün-

den nun allerdings scheinbar Momente dafür, daß es sich bei der Klage um die Rückforderung einer Leistung handle, die ihren Grund verloren habe, also um eine Bereicherungsklage aus einem nachträglich weggefallenen oder aus einem nicht verwirklichten Grunde, im Sinne des Art. 71 Obl.-R. Diese in gewissem Maße durch den Wortlaut des Vertrages veranlaßte Qualifikation stände indes kaum im Einklang mit der Willensabsicht der Parteien. Gegen den Charakter des Anspruches als Bereicherungsklage spricht nämlich entschieden, daß im Trennungsvertrage die Zahlung der Fr. 5000 nicht als Rückerstattung für die Leistung vereinbart wurde, wofür der Kläger sie seinerzeit nach dem Gesellschaftsvertrage bezahlt hatte, nämlich für seine Aufnahme als Gesellschafter in das vom Beklagten betriebene Rechtsagenturbureau, mit der Aussicht, daß ihm später gegen Zahlung weiterer Fr. 5000 das ganze Bureau allein überlassen werde, vielmehr für den Fall der Nichterfüllung der im Gesellschaftsauflösungsvertrage stipulierten neuen Verpflichtung des Beklagten, auf die Übertragung der Prozeßsachen. Indem die Parteien für den Fall der Verletzung dieser Vertragspflicht die Zahlung einer bestimmten Summe vereinbarten, beabsichtigten sie offenbar die Fixierung des dem Kläger alsdann zustehenden Schadensersatzanspruches auf die genannte Forderung und gaben sie dieser unzweifelhaft einen pönalen Charakter, im Sinne einer Konventionalstrafe (Art. 179 Abs. 1 Obl.-R.), und hieran wird durch die ziffermäßige Übereinstimmung der Forderungssumme mit der vom Kläger seinerzeit auf Grund des Societätsvertrages gemachten Leistung nichts geändert, indem nach dem Gesagten dabei nur scheinbar eine Identität besteht.

2. An dem Kläger ist es, das Fundament seiner Forderung auf die Konventionalstrafe in dem Sinne nachzuweisen, daß der Beklagte die Verpflichtung, wofür dieselbe vereinbart wurde, verletzt habe. Vor allem ist indes der Inhalt letzterer festzustellen, zunächst mit Rücksicht auf die vom Beklagten, wenigstens in der Klageantwortschrift, vorgebrachte Behauptung, seine Verbindlichkeit, dem Kläger die Prozeßsachen zu überweisen, beziehe sich nur auf die zur Zeit des Auflösungsvertrages noch pendenten Geschäfte. Es ist nicht ganz klar, ob der Beklagte diesen Standpunkt heute noch habe aufrecht erhalten wollen; derselbe müßte aber geradezu als trölerhaft bezeichnet werden, da er schon dem Wortlaut des Vertrages ins Gesicht schlägt. Denn in Ziffer 2 ist ja ausdrücklich erklärt, daß die genannte Verpflichtung so lange bestehe, als der Kläger „das Advokaturbureau persönlich betreibt", also für eine längere Zukunft, und dies wird noch verstärkt durch die Bestimmung in Ziffer 10 des Vertrages, daß zwar der Beklagte, wenn er nach der in Aussicht genommenen gänzlichen Überlassung, auch des Inkassogeschäftes, ein reines Verwaltungsbureau auf eigene Rechnung führen werde, alsdann verpflichtet werde, „Inkassoaufträge und Prozeßsachen nach wie vor" dem Kläger zu überweisen. Endlich können die Parteien offenbar nicht daran gedacht haben, eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 5000 bloß für Nichtüberweisung der noch beim Bureau pendenten Prozeßsachen zu bestimmen.

Als offenbar gegen die Vertragsmeinung verstoßend, ist weiter die Auslegung des Beklagten zu bezeichnen, daß ihm hienach das Recht nicht genommen sei, zur Führung der sich auf seinem Bureau ergebenden Prozesse neuerdings einen Gesellschafter aufzunehmen oder einen im Besitz des Rechtsanwaltspatentes befindlichen Angestellten zu engagieren, denn alsdann hätte die ganze Verabredung der Parteien, da sie vom Beklagten hiedurch sofort hätte illusorisch gemacht werden können, keinen vernünftigen Sinn gehabt; wenn der Beklagte, ohne es dem Kläger ausdrücklich zu erklären, sich diesen Weg offen behalten wollte, so war dies arglistig.

3. Unstichhaltig sind sodann auch die Ausführungen des Beklagten, welche dahin tendieren, er sei von der Vertragspflicht durch das spätere Benehmen des Klägers frei geworden. Die Überweisung von Prozessen setzt nicht einen derart intimen persönlichen Verkehr voraus, daß sie wegen der zwischen den Litiganten entstandenen Animosität nicht

mehr möglich gewesen wäre; auch datiert der Brief des Klägers, auf den der Beklagte sich in dieser Hinsicht besonders beruft, erst aus der Zeit nach Einleitung des Prozesses, und ein Verzicht des Klägers auf seine vertraglichen Rechte kann offenbar nicht im Ernste behauptet werden. Daß der letztere die ihm vom Beklagten thatsächlich übertragenen Prozesse irgendwie mangelhaft geführt habe, ist weder bewiesen, noch genügend zum Beweis verstellt und wird durch die Erfahrungen sowohl des Handelsgerichtes, als der diesem angehörigen Mitglieder des Obergerichtes, nicht bestätigt. Ebensowenig hat der Beklagte seine Behauptung wahrscheinlich gemacht, daß der Kläger ihm diejenigen Berichte über den Gang der übertragenen Prozesse verweigert habe, deren er zur Information für die ihn hierüber befragenden Klienten etwa bedurfte.

4. Weiterhin wendet der Beklagte ein, die von ihm versprochene Leistung sei, soweit sie sich nicht auf die Überweisung der bei der Trennung noch pendenten Prozesse beziehe, eine unmögliche, da „Klienten nicht verkauft werden können", und der die Grundlage des eingeklagten Anspruches bildende Vertrag sei daher insoweit gemäß Art. 17 Obl.-R. ungültig. Abgesehen davon, daß der Beklagte dem Kläger thatsächlich eine Anzahl erst nach Auflösung des Gesellschaftsvertrages eingegangene Prozesse zugewiesen hat, erscheint auch dieser Einwand überall als haltlos. Wie vom Kläger richtig ausgeführt worden ist, hat die Vereinbarung selbstverständlich nur den Sinn, daß die Überweisung der Prozesse in den Fällen geschuldet werde, wo der Klient mit derselben einverstanden sei. Nach seinem Zugeständnis enthalten die vorgedruckten Vollmachten des Beklagten die Ermächtigung zur Ernennung eines Substituten für die Prozeßführung. Nichtsdestoweniger wird zwar, wenn eine solche sich als erforderlich zeigt, der Vollmachtsträger in derartigen Fällen regelmäßig vor der Substituierung eines Rechtsanwaltes noch den Klienten über dessen Eiverständnis mit der Wahl des letzteren anfragen; ein Widerspruch wird aber, zumal bei auswärts wohnenden Mandanten, äusserst selten erfolgen, sowenig wie bei der Substituierung eines Associés oder eines Bureauangestellten. Die Möglichkeit der von den Parteien zweifellos in diesem Sinne verstandenen Leistung des Beklagten kann daher nicht in Frage gezogen werden.

5. Der Beklagte betont sodann besonders, daß die von ihm übernommene Verpflichtung zur Überweisung von Prozessen unsittlich sei; in diesem Falle wäre der Vertrag allerdings im ganzen gemäß Art. 17 Obl.-R. ungültig und könnte speciell die Konventionalstrafe nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 181 Obl.-R. nicht gefordert werden.

Nach der Behauptung des Beklagten soll der Vertrag zunächst unsittlich sein, weil in demselben für die Verpflichtung des Beklagten eine zeitliche Grenze nicht gesetzt sei; in diesem Falle wäre derselbe nach der Gerichtspraxis, als ein solcher auf unbestimmte Dauer, in der That rechtsungültig. (Vgl. Bundesger. Entsch. Bd. XXIII S. 744, Bd. XXV S. 554 Erw. 3 und Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVIII S. 158/272.) Thatsächlich ist indes im Vertrage eine Frist für die Dauer der vom Beklagten damit übernommenen Verpflichtung bestimmt, durch deren Einschränkung auf die Zeit, „so lange" der Beklagte „das Advokaturbureau persönlich betreibt", und hieran wird offenbar dadurch nichts geändert, daß das Ende der Frist nur indirekt bestimmt ist, da es ja nicht etwa unsicher bleibt, ob der Zustand, auf den dabei Bezug genommen ist, die persönliche Betreibung des vom Beklagten übernommenen Advokaturbureaus, durch den Kläger, überhaupt einmal sein Ende erreichen könne. (Vgl. Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. I § 96 a.)

6. Auch im Inhalt der streitigen Verpflichtung kann nicht, wie der Beklagte meint, etwas Unsittliches erblickt werden. Unsittlich wäre es gewiß, wenn derjenige, welcher ein Prozeßmandat empfangen hat, dasselbe einem Rechtsanwalt übertragen würde, der in irgendeiner Hinsicht vertrauensunwürdig wäre; im vorliegenden Falle, mit Bezug auf den Kläger, kommt dies aber nicht in Frage. Unter der erwähnten Voraussetzung dagegen verstößt die von einem Rechtsagenten ausgehende regelmäßige Zu-

weisung von Prozessen an einen bestimmten Anwalt, nach der Ansicht des Gerichtes, wie derjenigen der Anwaltskreise und nach der im Verkehr überhaupt herrschenden Auffassung, keineswegs gegen die guten Sitten, und zwar auch dann nicht, wenn sie gegen eine Gegenleistung des betreffenden Rechtsanwaltes erfolgt. Den Interessen des Klienten ist ja Genüge gethan, wenn der Prozeß durch den von ihm angegangenen Rechtsagenten, der ihn mangels des Rechtsanwaltspatentes nicht selbst führen kann, überhaupt nur einem zuverlässigen Anwalt übertragen wird. Das Versprechen ökonomischer Vorteile für die Abtretung einer Kundsame kommt ja sehr häufig vor, und Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Nichterfüllung eines solchen sind von den Gerichten schon seit langer Zeit stets geschützt worden. Zutreffend hat der Anwalt des Klägers ausgeführt, daß die Überlassung einer Kundsame mit Rücksicht auf die hohe Wahrscheinlichkeit, mit der sie dem Nachfolger die Fortsetzung der bisherigen Geschäftsbeziehungen verbürgt, ein ökonomisches Gut darstellt, und es ist nicht einzusehen, warum dieses nicht zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werden könnte, wenn hiedurch irgendwelche rechtliche Interessen Dritter nicht verletzt werden.

7. Ebenso geht der Einwand des Beklagten fehl, daß durch die streitige Vereinbarung seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in ungebührlichem Maße beeinträchtigt werde, was den Vertrag laut Art. 17 und 181 Obl.-R. allerdings zu einem unsittlichen und daher ungültigen machen würde, und zwar gemäß der Gerichtspraxis wenigstens dann, wenn diese Einschränkung soweit ginge, daß dadurch die ökonomische Existenz des Beklagten ganz oder teilweise aufgehoben würde (s. Bundesger. Entsch. Bd. XXIII S. 743, Bd. XXVII S. 721 Erw. 3, Bd. XIX S. 381 Erw. 2, Bd. XX S. 644 Erw. 3, Bd. XXI S. 616, Bd. XXIV S. 125 und Bd. XXV S. 877 Erw. 2, letztere Entscheidung speciell mit Bezug auf die Ausdehnung der diesfalls für Dienstverträge bestehenden Praxis auf anderweitige Verträge). Von einer wegen ihrer Übermäßigkeit unsittlichen Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Klägers durch die streitige Verpflichtung kann aber keine Rede sein, wenn man in Betracht zieht, daß derselbe hiedurch gar nicht gehindert wird, seinen bisherigen Beruf als Rechtsagent auszuüben, während derjenige eines Rechtsanwaltes ihm nach dem bezüglichen kantonalen Gesetz vom 3. Juli 1898 bis zum Erwerb eines Befähigungsausweises überhaupt verschlossen ist. Die für den Beklagten aus dem Vertrag hervorgehende Einschränkung reduziert sich also darauf, daß er hiernach Prozesse keinem Andern als dem Kläger übertragen (vorbehältlich ausdrücklicher abweichender Wünsche von Klienten), und nicht etwa zu deren Führung auf seinem eigenen Bureau sich mit einem Rechtsanwalt als Gesellschafter verbinden oder einen solchen als Substituten anstellen dürfte, was aber offenbar in keiner Weise die Berufung auf Art. 17 bezw. 181 Obl.-R. zu rechtfertigen vermag.

8. Der Anspruch auf die Konventionalstrafe wird gemäß Art. 179 Obl.-R. begründet durch die „Nichterfüllung" der unter dieselbe gestellten Verpflichtung. Letztere ist, wie nicht bezweifelt werden kann und in der Praxis nie in Frage gestellt wurde, auch vorhanden, wenn der Vertrag auch nur zum Teil, wie im vorliegenden Falle vom Beklagten, nicht erfüllt worden ist, und damit erscheint die Grundlage des Klageanspruchs als hergestellt; denn der Beklagte hat die Verletzung des Vertrages wenigstens in dem Sinne zugegeben, daß er dem von ihm in seinem Bureau aufgenommenen C. die Führung einzelner Prozesse überlassen habe. Daß letzteres aber erst seit der Einleitung des heutigen Prozesses bei Gericht geschehen sei, womit der Kläger sein Wahlrecht zwischen Vertragserfüllung und Konventionalstrafe (Art. 117 Abs. 1 Obl.-R.) ausgeübt hat, ist vom Beklagten selbst nur als möglich hingestellt, nicht aber bestimmt behauptet worden, darf übrigens schon dadurch als widerlegt angesehen werden, daß der Beklagte den genannten Substituten offenbar schon früher, wahrscheinlich im August 1900 angestellt hat und nach seiner eigenen Zugabe dem Kläger seit 13. August keine Prozesse mehr übertragen hat. Streitig bleibt allerdings, in welchem Um-

fange er bis zum genannten Tage seine Vertragspflicht verletzt habe; nach dem Gesagten ist dies aber grundsätzlich für die Existenz des Klageanspruches unerheblich, so daß es einer Beweisabnahme hiefür nicht bedarf.

9. Der Beklagte verlangt weiterhin die Herabsetzung der vom Kläger geforderten, im Vertrage vereinbarten Summe der Konventionalstrafe, und der Umstand, daß der Vertrag von ihm wenigstens zum Teil erfüllt worden ist, wäre an sich geeignet, dem Richter einen Grund zu deren Reduktion zu bieten, wenn dieselbe mit Rücksicht hierauf überhaupt als „übermäßig" angesehen werden müßte (Art. 182 Obl.-R., s. Handelsr. Entsch. Bd. XIV S. 20 Erw. 4 und Bd. XVIII S. 301 Erw. 4). Letzteres ist aber vom Beklagten nicht dargethan worden; hievon könnte nur die Rede sein, wenn die vereinbarte Summe von Fr. 5000 in gar keinem Verhältnisse zur Bedeutung der Vertragsverletzung mehr stehen würde und dadurch, im Widerspruch mit Billigkeit und Gerechtigkeit, eine offenbare Bereicherung des Klägers auf Kosten des Beklagten geschaffen würde. (Bundesger. Entsch. Bd. XVII S. 706 Erw. 4, Bd. XXIV S. 125 Erw. 4, s. a. Bd. XXV S. 880.) Als offenbar übermäßig kann aber die genannte Summe, auch wenn in Betracht gezogen wird, daß der Beklagte dem Kläger einzelne Prozesse zugewiesen hat, nicht angesehen werden, sobald man berücksichtigt, daß der Vertrag noch für eine voraussichtlich lange Zeitdauer zu wirken bestimmt war und für den Kläger dabei Interessen auf dem Spiele standen, die mit der vertraglichen Summe jedenfalls nicht offenbar überschätzt sind. Zu einer Ermäßigung der als Wandelpön verabredeten Summe liegt endlich um so weniger Veranlassung vor, als das Maß des den Beklagten bei der Vertragsverletzung treffenden Verschuldens kein geringes ist, indem sein Benehmen, insbesondere die Anstellung eines Rechtsanwaltes als Substituten, als ein arglistiges und durchaus verwerfliches bezeichnet werden muß.

Da die Klage, wie in Erwägung 1 ausgeführt wurde, den Charakter einer Konventionalstrafe-Forderung hat, werden durch die vom Kläger für dieselbe getroffene Wahl gemäß Art. 179 Obl.-R. seine vertraglichen Ansprüche erschöpft und getilgt, so daß ihm außer dem durch das heutige Urteil gutgeheißenen Anspruch irgend welche weitern, auf fernere Zuweisung von Prozessen oder auf Schadensersatz, nicht mehr zustehen.

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Baurecht.

§ 55 und § 58 des städtischen Baugesetzes. Diese Gesetzesvorschriften sind hauptsächlich baupolizeilicher Natur, geben jedoch unter Umständen auch Privaten ein Recht zur Einsprache, wenn ein specielles und dringendes Interesse nachgewiesen wird.

---

1. Die Klägerschaft stützt ihre Baueinsprache in erster Linie auf § 58 des städtischen Baugesetzes, wonach die von der Beklagten projektierte Baute, soweit sie das Parterre und den ersten Stock betrifft, einen Abstand von 6 Metern und bezüglich der obern zwei Stockwerke einen solchen von 11,6 Metern von dem kläger. Gebäude innehalten müsse, währenddem sie nach den Plänen hievon abweichen wolle. Es ist nun vor allem daran festzuhalten, daß die Bestimmung des § 58 hauptsächlich baupolizeilicher Natur ist und die Interessen des öffentlichen Wohls in den Vordergrund stellt, somit in erster Linie den Baubehörden, wenn die öffentlichen Interessen es erheischen, ein Inhibitionsrecht einräumt. Dabei ist allerdings zuzugeben, daß gestützt auf § 58 auch privatrechtliche Einsprachen erhoben werden können. § 104 des Baugesetzes spricht allerdings von Bestimmungen, die sich auf den Abstand von der Grenze beziehen, währenddem § 58 den Abstand von einem benachbarten Gebäude regelt, allein, da in § 104 die §§ 55—59 ausdrücklich aufgeführt werden, so kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß auch § 58 von interessierten Privaten als Einsprachegrund in Anspruch genommen werden kann. Allein ebenso unzweifelhaft erscheint es auch, daß er von

Privaten nicht allgemein, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen angerufen werden kann. Die Praxis hat mit Recht privatrechtliche Einsprachen gestützt auf öffentlichrechtliche Vorschriften der Bau- und Straßengesetze immer nur dann zugelassen, wenn ein *spezielles* und *dringendes* Interesse nachgewiesen wurde, vorzugsweise in denjenigen Fällen, in denen von einer schädlichen Einwirkung eines projektierten Gebäudes auf das Nachbargebäude die Rede sein konnte; vernünftigerweise kann von solchen Einwirkungen aber nur da gesprochen werden, wo das letztere Öffnungen gegen das erstere hin besitzt, nicht auch dann, wenn, wie dies hier der Fall ist, dieses nach der in Betracht kommenden Richtung durch eine Brandmauer abgeschlossen ist, die verhindert, daß Luft oder Licht von dieser Seite her zu dem Gebäude hinzutreten können. Darnach kann von einer speciellen privatrechtlichen Einsprache auf Grund von § 58 cit. nur dann die Rede sein, wenn die dem Bauprojekt zugekehrte Front eine „offene" (mit Öffnungen versehene) ist, denn das Gesetz will mit der Ausnahmebestimmung nur berechtigte Interessen schützen und nicht rein chicanöse Einsprachen ermöglichen. Im vorliegenden Falle fehlt es nun entschieden auf Seite des Klägers an einem speciellen und erheblichen Interesse; die von ihm geltend gemachten Thatsachen können durchaus nicht als solche angesehen werden.

2. Im übrigen kommt noch hinzu, daß das Gebäude, zu dessen Schutz die Inhibition erfolgte, kein freistehendes ist, sondern an die von dem abgebrochenen beklagtischen Gebäude übrig gebliebene Brandmauer anlehnt; nun kann der Kläger nicht verlangen, daß dieses Gebäuderudiment, auf dessen Entfernung er kein Recht hat, einfach weggedacht und ein Zustand angenommen werde, wie er sich bieten würde, wenn dasselbe nicht vorhanden wäre. Daraus folgt aber, daß der Wortlaut des § 58 gar nicht zutrifft und daher darauf gestützt auch nicht wirksam inhibiert werden kann.

3. Unter diesen Umständen ist es nicht nötig, auch noch auf die Frage einzutreten, ob da, wo der Regierungsrat, wie hier, gestützt auf § 149 des Baugesetzes von einer bestimmten Vorschrift desselben eine Ausnahme bewilligt hat, überhaupt noch auf ebendieselbe Vorschrift eine privatrechtliche Einsprache gestützt werden könne.

4. Der Kläger hat sodann im weitern behauptet, das bekl. Bauprojekt verstoße auch gegen die Vorschriften des § 55 des Baugesetzes, indem er davon ausging, daß, da dasselbe eine Höhe von 17,5 Meter voraussehe, ein Abstand von 9 Meter für *sämtliche Teile* der Neubaute zu beobachten sei. Allein auch dieser Inhibitionsgrund trifft nicht zu. Der § 55 cit. enthält in seinem ersten Teile allerdings eine Vorschrift über den Abstand der Gebäude von der nachbarlichen Grenze, allein diese kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht. Der weitere Inhalt dieser Gesetzesbestimmung geht aber in der Hauptsache nicht mehr dahin, Vorschriften aufzustellen hinsichtlich des Abstandes, sondern er regelt hauptsächlich die *Höhe* der Gebäude, von welcher allerdings dann auch der Abstand beeinflußt wird insofern, als bei Überschreitung einer Höhe von 12 Metern außer den 3,5 Metern noch um das Maß der Mehrhöhe von der Grenze zurückgewichen werden muß. Allein diese Bestimmung kann vernünftigerweise doch nicht hindern, daß gebrochene Bauten, wie es im vorliegenden Falle von der Beklagten beabsichtigt wird, erstellt werden, bei denen je nach der Höhe der einzelnen Stockwerke auch verschiedene Abstände innegehalten werden. Das Gesetz bietet keine Anhaltspunkte dafür und es hat dies ohne Zweifel auch nicht in den Intentionen des Gesetzgebers gelegen, daß bei terrassenförmigen Bauten, wie sie hier geplant sind, der unterste Teil *den* Abstand von der Nachbargrenze beobachten müsse, welchen der weit höhere, aber bedeutend zurückliegende oberste Teil der Baute, beobachten muß.

(Eidg. Bank c. Sprüngli, 6. Febr. 1901. — U.)

II. Schuldübernahme.

Die veröffentlichte Erklärung einer Firma, daß sie Aktiven und Passiven einer erloschenen Firma übernehme, hat gegenüber

jedem beteiligten Dritten rechtliche Wirkung und bezieht sich auf sämtliche Geschäftspassiven der früheren Firma und nicht bloß auf diejenigen, die dem neuen Erwerber bei der Übernahme bekannt waren.

1. Der Beklagte hat nicht bestritten, daß er im September 1894 Aktiven und Passiven der Firma Felix Wolgroth & Co. übernommen hat und daß diese Übernahme öffentlich, insbesondere auch durch Circulare, bekannt gemacht worden ist. Nach der vom Bundesgerichte adoptierten Gerichtspraxis (B. E. Bd. 19 Nr. 43) wird durch eine solche Bekanntmachung der Übernehmer den Geschäftsgläubigern gegenüber unmittelbar verpflichtet (vgl. R. B. 1896 Nr. 55, Staub, Comm. z. D. H. G. B. 4. Aufl. §§ 13 und 14 zu Art. 22.) Das entspricht der feststehenden Auffassung des Handelsverkehres, nach welcher das Klagerecht der Geschäftsgläubiger in solchen Fällen nicht etwa erst durch besondere Vereinbarung mit dem Übernehmer zu begründen ist. Rechtlich ist das direkte Forderungsrecht der Gläubiger richtigerweise darauf zu stützen, daß der Erwerber eines ganzen Vermögensinbegriffes in den Aktiven diejenigen Werte erhält, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommenen Schulden vorzugsweise zu tilgen sind (vgl. Dernburg, Pandekten, 2. Bd. § 53; preuß. Privatrecht 2. Bd. § 65 Ziff. 1, sowie § 419 D. B. G. B. und § 25 neues D. H. G. B.)

2. Die öffentlich bekannt gemachte Erklärung des Geschäftsübernehmers wird nach der im Verkehre geltenden Anschauung so ausgelegt, daß der Übernehmer das mit Aktiven und Passiven erworbene Geschäft als Ganzes fortsetze und in alle geschäftlichen Beziehungen des früheren Geschäftsinhabers eintrete, ohne Rücksicht darauf, ob er die Passiven im einzelnen kenne oder nicht. Nach Handelssitte hat der Geschäftsübernehmer, welcher seine Haftbarkeit auf die aus den Büchern ersichtlichen Geschäftsschulden oder sonstwie beschränken will, das in der öffentlichen Kundgebung ausdrücklich hervorzuheben.

Im vorliegenden Falle hat der Beklagte eine Beschränkung seiner Haftbarkeit nicht bekannt gemacht und daher hat er für die Geschäftsforderung der Klägerin einzustehen, sofern sie zur Zeit der Geschäftsübernahme bereits vorhanden war. Darauf, ob ihm dieselbe bei der Übernahme bekannt gewesen sei, kommt nach dem Gesagten nichts an und deshalb ist eine Beweisführung über diesen Punkt überhaupt nicht nötig und braucht auf die Aktenvervollständigungsbegehren daher nicht eingetreten zu werden. Aus dem gleichen Grunde ist es auch unerheblich, daß die streitige Schuld in den dem Gerichte vorgelegten Geschäftsbüchern nicht zu finden ist.

(Wohlgroth c. Martin, 12. Febr. 1901 — U.)

Bern. kantonal. Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung u. Konkurs.

I. Konkursbetreibung.

Betreibung gegen eine aufgelöste, im Handelsregister gelöschte Kommanditgesellschaft. Verhältnis von Art. 573 O.-R. zu Art. 40 B.-G. —

In Burgdorf hatte seit 1898 die Kommanditgesellschaft Buess & Cie. bestanden. Inhaber der Firma waren Joh. W. Buess als unbeschränkt haftender Gesellschafter und E. Meister als Kommanditär. Am 21. Juni 1899 verstarb Buess; nach Aufnahme eines amtlichen Güterverzeichnisses wurde dessen Erbschaft ausgeschlagen und es wurde daraufhin die konkursamtliche Liquidation der Verlassenschaft verfügt. In das amtliche Güterverzeichnis war sämtliches Vermögen der Gesellschaft aufgenommen worden und dieses Vermögen wurde nun auch vom Konkursbeamten als Verwalter in der Liquidation zur Masse gezogen. Am 11. November 1899 wurde die Kommanditgesellschaft Buess & Co. von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht und es wurde diese Löschung am 15. November gl. Js. im schweiz. Handelsamtsblatt bekannt gemacht.

Mit Betreibungsbegehren vom 29. März 1900 stellte nun die Firma Schwander & Cie. in Montbéliard gegen die Kommanditgesellschaft Buess & Cie. beim Betreibungsamt Burgdorf ein Betreibungsbegehren.

Das Betreibungsamt weigerte sich, diesem Begehren Folge zu geben mit der Begründung, die genannte Gesellschaft existiere nicht mehr und zudem sei eine Betreibung auch deshalb unmöglich, weil kein Vertreter der Gesellschaft mehr da sei, dem die Betreibungsurkunden zugestellt werden könnten.

Die gegen diese Weigerung gerichtete Beschwerde der Firma Schwander & Cie. wurde als begründet erklärt.

Gründe:

Art. 573 O.-R., der gemäß Art. 611 gen. Ges. auch auf Kommanditgesellschaften Anwendung findet, bestimmt, daß, so lange noch unverteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, ein Konkursverfahren über dasselbe zulässig sei. Durch gesetzliche Fiktion besteht somit die Gesellschaft auch nach ihrer Auflösung zum Zwecke der Liquidation und bis zur Beendigung derselben weiter. Danach wäre im vorliegenden Falle dem Betreibungsbegehren der Firma Schwander & Cie. zu entsprechen, indem festgestelltermaßen noch unverteiltes Vermögen der Kommanditgesellschaft Buess & Cie. da ist.

Fraglich ist dabei nur, ob im Hinblick auf Art. 40 B. u. K. nicht anzunehmen ist, es sei die erwähnte Vorschrift des O.-R. durch das Betreibungs- und Konkursgesetz abgeändert worden. Nach Art. 40 B. u. K. unterliegen nämlich nur die im Handelsregister eingetragenen Personen der Konkursbetreibung und es erscheint daher zweifelhaft, ob der Gesetzgeber in diesen Ausdruck die juristischen Personen ebenfalls einbegreifen wollte, oder ob damit in Abänderung der Art. 573, resp. 611 O.-R. ausdrücklich nur die physischen Personen bezeichnet werden sollten.

Abgesehen von dem in Art. 40 Sch.- u. K.-G. gebrauchten Ausdruck „Personen" erscheint es von vornherein logischer, wenn die Vorschrift dieses Artikels auf sämtliche im Handelsregister eingetragene Schuldner nach Mitgabe des vorhergehenden Artikels Anwendung finden soll; unter „Personen" wären demnach zu verstehen: die in Art. 39 genannten Schuldner, seien dies physische oder juristische Personen, bezw. Personenverbindungen, welche zwar nicht juristische Persönlichkeit besitzen, wohl aber Vermögens- und Prozeßfähigkeit, wie z. B. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (vgl. Kommentar von Jäger zu Art. 40 Sch. u. K.-G.). Für diese Auffassung spricht zudem die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Gesetzesbestimmung. Während nämlich im ursprünglichen Entwurfe des Bundesrates (Art. 50) den im Handelsregister Eingetragenen gleichgestellt werden: „Diejenigen, welche zur Entstehungszeit der Forderung darin eingetragen waren", beantragte die ständerätliche Kommission folgende Fassung von Art. 50: „Die im Handelsregister Eingetragenen unterliegen nach erfolgter Streichung in demselben noch während 6 Monaten vom Zeitpunkt der bezüglichen Anzeige im Handelsamtsblatte an gerechnet der Betreibung auf Konkurs" u. s. w. Sowohl nach der Ansicht des Bundesrates als nach derjenigen der ständerätlichen Kommission sollten also die im Handelsregister nicht mehr Eingetragenen in einem gewissen Umfange mit Bezug auf die Konkursbetreibung gleich behandelt werden wie die Eingetragenen. Wenn daher der nunmehrige Art. 40 Sch. u. K.-G. inhaltlich dem Art. 50 des Entwurfes der ständerätlichen Kommission durchaus entspricht, so liegt es auf der Hand, daß der Fassung: „Die Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren u. s. w." nur die Bedeutung einer redaktionellen Abänderung zukommt und daß damit keineswegs etwa die Zulässigkeit der Konkursbetreibung innert 6 Monaten seit der Streichung auf diejenigen beschränkt werden wollte, welche als physische Personen im Handelsregister eingetragen sind.

Die weitere Frage, ob Art. 573 O.-R. durch Art. 40 Sch. u. K.-G. in der Weise abgeändert wird, daß die Konkursbetreibung gegen Kollektiv- (und Kommandit-)Gesellschaften jedenfalls nur innert 6 Monaten nach der Publikation der Streichung aus dem Handelsregister zulässig ist, oder ob nach Art. 573 O.-R. eine Konkursbetreibung, ohne Einschränkung, so lange unverteiltes Gesellschaftsvermögen da ist, stattfinden kann, braucht vorliegend deswegen nicht erörtert zu werden, weil die Beschwerdeführerin das Betreibungsbegehren innert

6 Monaten, nachdem die Streichung der Firma Buess & Cie. im schweiz. Handelsamtsblatte bekannt gemacht wurde, gestellt hat.

Was schließlich die Frage anbelangt, wem die Betreibungsurkunden in der gegen die Firma Buess & Cie. anzuhebenden Betreibung zuzustellen seien, so könnte man in der That vorliegend infolge des Umstandes, daß ein Vertreter der Kommanditgesellschaft Buess & Cie. nicht mehr da zu sein scheint, obschon es sich immerhin noch fragen wird, ob E. Meister sich gemäß Art 403 und 428 O.-R. nicht noch zur Vertretung der Gesellschaft in Liquidation für berufen halten mag, einer Schwierigkeit begegnen, die aber in analoger Anwendung des Art. 66 Sch. u. K.-G. in der Weise zu lösen ist, daß die Zustellung der Betreibungsurkunden durch öffentliche Bekanntmachung zu geschehen hat; denn diese letztere Art der Zustellung stellt sich eben als letztes Auskunftsmittel dar, welches dann anzuwenden ist, wenn eine persönliche Zustellung nicht erfolgen kann. (4. Mai 1900, Schwander & Cie.)

II. Kompetenzstücke.

Art. 92 Ziff. 3 Sch.- u. K.-G. Pfändbarkeit des Schlafwagens und der Bude eines Schaustellers.

Im Konkursverfahren gegen R. Burri wurden vom Konkursamt Bern-Stadt u. a. zur Masse gezogen ein Schlafwagen und zwei Buden, der erstere geschätzt auf Fr. 500, die letztere auf je Fr. 25. Burri verlangte auf dem Beschwerdewege, daß ihm der Schlafwagen und eine Bude belassen werden, weil dies Gerätschaften seien, welche ihm zur Ausübung seines Berufes als Schausteller notwendig seien (Art. 92, Ziff. 3 Sch.- u. K.-G.). Seit 1892 sei er Schausteller und befinde sich als solcher meist auf Reisen an Festen, Messen und Märkten, und da sei ihm der Wagen zum Schlafen und zum Transport der Buden unentbehrlich. In der ersten Bude werde Ringwerfen, in der andern Plattenwerfen getrieben, mit diesen Buden und dem Wagen besuche er Messen, Jahrmärkte und festliche Anlässe; ohne Buden und Schlafwagen könne er den Beruf als Schausteller nicht betreiben. Einen eigentlichen Beruf habe er nie erlernt, anfänglich sei er Hausierer gewesen, dann Kleinkrämer und seit 1892 Schausteller. Den Wagen habe er zum Transport der Buden unbedingt notwendig, da dieselben jeweilen abgebrochen und unten im Schlafwagen nachgeführt werden. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Die bundesrechtliche Praxis hat den Begriff des Berufes im Sinne von Art. 92, Ziffer 3 B.-G. dahin festgelegt, daß es sich dabei wesentlich um die Bethätigung der persönlichen Arbeitskraft, bestimmter, persönlicher Fertigkeiten oder Kenntnisse handelt und daß die Begrenzung dieses Begriffes gegenüber demjenigen des „Unternehmens" darin zu erblicken ist, daß bei letzterm die persönliche Thätigkeit gegenüber der Verwendung eines Betriebskapitals, bezw. der Beiziehung fremder Arbeitskraft zurücktritt (vgl. bundesgerichtl. Entscheid. Bd. XXIII, Nr. 168.)

Von diesem Standpunkte aus erscheint es aber nicht zweifelhaft, daß auch beim Schausteller von der Ausübung eines „Berufes" im angegebenen Sinne gesprochen werden kann und wenn daher die erste Instanz das Charakteristicum der eigentlichen Berufsthätigkeit wesentlich in der handwerksmäßigen Ausübung bestimmter persönlicher Fertigkeiten oder Kenntnisse erblickt, so ist diese Begriffsbestimmung insofern zu enge gefaßt, als eben Art. 92, Ziff. 3 B.-G. nicht den Beruf im engern, technischen Sinne des „Handwerks" im Auge hat, sondern, wie gesagt, darunter die erwerbsmäßige Bethätigung der persönlichen Arbeitskraft überhaupt versteht, worunter das hier einzig in Betracht kommende Gewerbe eines Schaustellers ebenfalls fällt. Daß bei der Ausübung eines „Berufes" nicht bloß an den handwerksmäßigen Betrieb gedacht wurde, ergiebt sich übrigens auch aus der Erwähnung von Büchern als unpfändbare Gegenstände, denn Bücher sind zum Betriebe eines Handwerks nicht erforderlich, sowie derjenigen von Instrumenten, neben Werkzeugen und Gerätschaften.

Steht nach dem Gesagten der Subsumierung des Schaustellergewerbes unter die

Ausübung eines Berufes im Sinne von Art 92, Ziff. 3 principiell nichts im Wege, so ist die Unpfändbarkeit der vom Rekurrenten beanspruchten Gegenstände nach dem Gesagten dadurch bedingt, daß es sich um „Gerätschaften" handle, welche ihm zur persönlichen Bethätigung seiner Fertigkeiten als Schausteller unentbehrlich sind und sich nicht etwa als ein zum Betriebe seines Gewerbes im Umfange eines „Unternehmens" dienliches Betriebskapital darstellen. Was nun zunächst den Schlafwagen betrifft, so ist derselbe offenbar nicht als eine dem Rekurrenten zur persönlichen Berufsausübung notwendige Gerätschaft zu betrachten, sondern er dient demselben nach seiner eigenen Angabe als Wohnung und Transportmittel, qualifiziert sich mithin als kleinerer Betriebsfonds zur Ausbeutung des Schaustellergewerbes im Rahmen einer Unternehmung. Es kann mithin davon keine Rede sein, dem Rekurrenten diesen Schlafwagen als Kompetenzstück zu belassen, sondern es hat derselbe in anderer Weise (durch Miete u. s. w.) für die Befriedigung seiner daherigen Bedürfnisse zu sorgen. Aber auch von der Überlassung einer Bude ist Umgang zu nehmen, denn auch der Besitz einer solchen erscheint für die Ausübung des Ring- und Plattenwerfens im bescheidenen Maßstabe einer bezüglichen, rein persönlichen Bethätigung des Rekurrenten nicht unentbehrlich, da er dieses Spiel auch im Freien betreiben, bezw. eine Bude mieten kann. Dieselbe repräsentiert ebenfalls ein kapitalistisches Element, welches die Grenze der Berufsausübung im Rahmen der persönlichen Bethätigung des Rekurrenten überschreitet und deshalb nicht als dazu notwendige Gerätschaft der Beschlagnahme gemäß Art. 92, Ziff. 3 entzogen ist.

(8. Febr. 1900, R. Burri.) (Zeitschrift des Bern. Juristenvereins, Bd. 36, S. 637 ff. u. 624 ff.)

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung u. Konkurs.

I. Grundpfandverwertung. Zubehörden.

Getrennte Verwertung der Zubehörden zu Gunsten der speziell hiedurch sichergestellten Forderung. Verfahren.

C. Vogt ist Inhaber eines Schuldbriefes von 20,000 Fr. auf E. Lange. Als Unterpfänder sind verschrieben die Liegenschaften des Schuldners und sechs verschiedene Maschinen als Zubehörden. Diese letztern haften nur der Vogtschen Forderung, nicht dagegen den. Vorstandsbriefen im Gesamtbetrage von 92,000 Fr.

Der Schuldner Lange ist nun in Konkurs geraten und es beabsichtigt die Konkursverwaltung, die Verwertung der fraglichen Liegenschaften und Zubehörden so vorzunehmen, daß beide zusammen ausgeboten werden sollen. Wird dabei der Schuldbrief Vogts nicht angeboten, so sollen infolge Unterganges seiner Hypothek und damit Wegfalles der Zubehördenqualität bezüglich der Maschinen, diese zu Gunsten der laufenden Gläubiger verwertet werden. Demgegenüber verlangt Vogt den separaten Verkauf der Zubehörden und die Zuteilung des Erlöses an ihn allein bis zur Deckung seiner Forderung.

Das Bezirksgericht Zürich I. Abt., das die Frage als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs zu entscheiden hatte, sprach sich zu Gunsten der Ansicht des Konkursamtes aus, indem es sich hauptsächlich auf einen Entscheid der Appellationskammer vom 3. Sept 1895 (Handelsr. Entsch. Bd. XIV S. 333) bezog.

Hierüber beschwerte sich nunmehr Vogt und verlangte zweitinstanzlich wiederum den Schutz seines Standpunktes. Er verwies dabei auf eine zu dem eben citierten Entscheide von einer Minderheit des Gerichtes abgegebene Erklärung (a. a. O. S. 334).

Das Obergericht erklärte den Rekurs als begründet und wies das Konkursamt Aussersihl an, die Zubehörden separat zu verwerten, eventuell eine Gesamtgant anzuordnen.

Gründe:

1. Der Entscheid der Appellationskammer vom 3. Sept. 1895 geht davon aus, der § 52 des privatr. Gesetzb., der den Begriff der vertraglichen Zubehörden definiert,

habe nicht ein selbstständiges (Mobiliar-) Pfandrecht einführen wollen, welchem Vorhaben die Bestimmung des Art. 210 O.-R. entgegengestanden wäre; vielmehr handle es sich um ein Immobiliarpfandrecht, dessen Existenz von der Eigenschaft der Sache als Zubehörde abhängig sei und das daher nicht fortbestehen könne, wenn das Pfandrecht an der Liegenschaft untergehe.

Es ist nicht nötig, im vorliegenden Falle neuerdings diesen prinzipiellen Entscheid, gegen dessen Richtigkeit sich eine Minderheit des Gerichtes ausgesprochen hatte, zu erörtern. Denn auch auf dessen Boden lassen sich die weitern Konsequenzen, welche aus dem Entscheide bezüglich der Verwertung von Pertinenzen und der Zuteilung des Erlöses desselben gezogen wurden, nicht rechtfertigen; vielmehr gelangt man auch so zu dem Resultate, daß die Zubehörden separat zu verwerten sind und daß deren Erlös in allen Fällen demjenigen zukommt, dem sie besonders verpfändet wurden.

Dabei ist allerdings zu bemerken, daß die Frage nach der Zuteilung des Erlöses der Zubehörden nicht von den Aufsichtsbehörden, sondern von den Gerichten zu entscheiden ist; doch muß auch hier auf sie eingetreten werden wegen des engen Zusammenhanges mit der Art der Liquidation.

2. Wenn bei der Versteigerung der Liegenschaft der Brief des Beschwerdeführers nicht angeboten wird, so fällt die Grundversicherung für seine Forderung dahin. Da nun zur Sicherheit für diese sowohl Liegenschaften als Zubehörden verpfändet sind, so kann jedenfalls nicht davon die Rede sein, die erstere allein zum Verkaufe zu bringen und die Hypothek von 20,000 Fr. zu löschen, wenn sie nicht angeboten wird, da ja so der Mehrwert, den die Liegenschaften für den Rekurrenten durch die Mitverpfändung der Zubehörden erhielten, nicht zum Ausdruck käme. Gelangen aber Liegenschaften und Pertinenzen zusammen zum Verkauf, so tritt der Übelstand ein, daß das Konkursamt den Wert der Zubehörden, die allein dem Beschwerdeführer verpfändet sind, nicht kennt und daß, wenn die Angebote auf die Liegenschaften allein die Höhe der Vorstände nicht erreicht hätten, die Inhaber der Vorstandsbriefe durch den Mitverkauf der Zubehörden etwas lucrieren, das ihnen nicht zukommt.

Aus diesen praktischen Erwägungen ergiebt sich, daß die besondere Stellung, welche diejenigen Briefe einnehmen, denen allein Zubehörden mitverpfändet sind, eine separate Verwertung erfordert.

Der in dem erwähnten Entscheide der Appellationskammer hervorgehobene Zusammenhang zwischen Liegenschaft und Pertinenz verbietet dieses Vorgehen nicht. Die Abhängigkeit des Pfandrechtes an den Zubehörden von demjenigen an der Liegenschaft geht nicht so weit, daß eine gesonderte Liquidation der beiden Objekte rechtlich nicht denkbar wäre. Die Art der Verwertung liegt so sehr im Interesse des Pfandgläubigers, daß ihm ein Einfluß auf die Bestimmung derselben eingeräumt werden muß. Insbesondere steht ihm das Recht zu, eine Zerteilung des Pfandobjektes für die Verwertung zu verlangen, also noch mehr die abgesonderte Liquidation von Zubehörden. Nur so können gewisse Teile oder Pertinenzen unter Umständen in richtiger Weise zur Geltung gelangen, z. B. wenn sie einen speziellen antiquarischen oder Liebhaberwert besitzen. (Vgl. auch § 65 des deutschen Gesetzes über die Zwangsversteigerungen vom Jahre 1897). Daß aber bei besonderer Verpfändung von Zubehörden nur für einzelne Hypotheken ein solches wesentliches Interesse an der getrennten Verwertung vorhanden ist, ergiebt sich, wie oben ausgeführt, daraus, daß bei einem einheitlichen Verkauf die besondern Rechte der Gläubiger, denen die Pertinenzen allein verschrieben sind, nicht gewahrt werden und dafür den Vorhypotheken ein ihnen nicht gehörender Vorteil zukommt.

3. Wenn, wie angenommen, die Liegenschaften und die Zubehörden separat verkauft werden, so kann unter Umständen die Summe der beiden Erlöse kleiner sein, als wenn Immobilien und Pertinenzen zusammen zur Gant gebracht werden. Daher wird richtigerweise noch ein Gesamtruf zu veranstalten sein, in der Meinung, daß bei den beiden vorgängigen Separatganten die Meistbieter behaftet werden, daß aber das Kon-

kursamt sich die Nichtzusage vorbehält für den Fall, als der Erlös der Gesamtsteigerung die Summe der Erträgnisse der Einzelganten übersteigen sollte.

4. Die Frage der Zuteilung des Pertinenzenerlöses beantwortet sich nach dem Gesagten von selbst: Er soll in allen Fällen demjenigen zukommen, dem speziell die Zubehörden verpfändet wurden. Diese dem Willen der Parteien und der Billigkeit entsprechende Lösung ergiebt sich ohne weiteres dann, wenn durch den Erlös der Liegenschaft allein die Vorhypothek gedeckt erscheint. Sie ist aber auch dann richtig, wenn diese nicht vollständig herausgeboten wird, denn für die Beantwortung der Frage, ob die Nachhypothek angeboten sei, ist maßgebend einerseits der Gesamterlös beider Objekte, anderseits nur derjenige Betrag der Vorhypothek, auf den sie nach dem Ergebnisse der Gant zu reduzieren ist, weil auf der Gesamtpfandsache der vorgehende Hypothekargläubiger nur insofern als versichert erscheint, als sein spezielles Unterpfand (die Liegenschaften) ihm Garantien bietet. Wenn also aus den Immobilien 60,000 Fr., aus den Fahrhaben 10,000 Fr. gelöst werden sollten, so wären die Vorstände von 92,000 Fr. auf 60,000 Fr. abzuschreiben und es erschiene die Nachhypothek mit 10,000 Fr. als angeboten, welche Summe auf sie allein fällt.

Für den Fall als infolge des in Erwäg. 3 als zulässig erklärten Gesamtrufes ein höherer Erlös erzielt werden sollte (z. B. statt 60,000 + 10,000 Fr., 75,000 Fr.), so käme der Mehrbetrag allein der Nachhyyothek zu, wie denn auch nur derjenige Hypothekargläubiger, dem die Pertinenzen verschrieben sind, den Gesamtverkauf beantragen kann. Denn der zufällige Umstand, daß in einem spätern Briefe Zubehörden mitverpfändet sind, kann die Rechtsstellung des Inhabers der Vorstände in keiner Weise verbessern.

(22. März 1901, C. Vogt-Oederlin.)

II. Instruktion

betr. die Entscheidung über die Fortsetzung anhängiger Rechtsstreitigkeiten im Falle des Konkurses einer Partei.

Das Obergericht hat auf Grund des Art. 260 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs folgende Anweisung erlassen:

I. Wenn in einem Konkurse die Gesamtheit der Gläubiger auf die Fortführung eines Civilprozesses im Sinne von Art. 207 und 260 des Betreibungs- und Konkursgesetzes verzichtet hat, so muß die Konkursverwaltung unverzüglich den einzelnen Gläubigern durch mindestens einmalige öffentliche Bekanntmachung eine angemessene Frist ansetzen, binnen der sie bei Vermeidung des Ausschlusses ihren Entschluss, den schwebenden Prozeß an Stelle des Gemeinschuldners fortzuführen, dem Konkursamte schriftlich mitzuteilen haben.

Für die öffentliche Bekanntmachung ist Art. 35 des Betreibungs- und Konkursgesetzes maßgebend.

II. Die Ansetzung einer besonderen Frist darf nur dann unterbleiben, wenn die Konkursverwaltung schon in der Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung ausdrücklich hemerkt hat, daß allfällige Begehren um eine Abtretung im Sinne der genannten Art. 207 und 260 bei Vermeidung des Ausschlusses in der Versammlung selbst zu stellen seien. (8. März 1901.)

III. Pfändung.

Der in diesen Blättern S. 55/6 mitgeteilte Entscheid des Obergerichtes vom 21. Juni 1900, womit erklärt wurde, der Erwerb der Ehefrau dürfe für voreheliche Schulden derselben so lange nicht gepfändet werden, als der Ehemann für den Unterhalt seiner Familie sorge, veranlaßt zu folgenden Gegenbemerkungen:

1. In prozessualischer Beziehung: Der dieser Entscheidung zu Grunde liegende § 29 des Einf.-G. z. Sch.- u. K.-G. bestimmt, der Erwerb der Ehefrau verbleibe derselben, soweit er zu ihrem Unterhalt und zur Bestreitung ihrer laufenden Verpflichtungen, namentlich der Kapitalzinse und der Unterhaltungskosten für ihre Liegenschaften, er-

forderlich sei. Einsprachen gegen die Pfändung solcher Erträgnisse seien wie Eigentumsansprachen zu behandeln (Art. 106 ff. Sch.- u. K.-G. u. § 72 Ziff. 3 Einf.-G.). Eben um eine solche Einsprache handelt es sich aber im vorliegenden Falle, und es trifft diese Gesetzesbestimmung sowohl zu, wenn die Ehefrau in der Betreibung gegen ihren Ehemann Einsprache gegen die Pfändung ihres Lohnguthabens erhebt, als wenn der Ehemann in der direkt gegen die Frau gerichteten Betreibung seine Ansprüche auf den Lohn derselben geltend macht. Der letztere Fall kommt hier in Frage, — wo eine Frau für voreheliche Schulden direkt betrieben wird. Es trifft hier zu, was das Bundesgericht bezüglich des ersteren Falles ausgesprochen hat (Bundesgerichtl. Entsch. Bd. XXV T. I Nr. 58 S. 318): „In der That läge in der Behauptung der Ehefrau, daß für Schulden ihres Ehemannes nicht auf ihren Lohn gegriffen werden dürfe, die Geltendmachung eines Drittanspruches auf das gepfändete Objekt, dessen Begründetheit sich ausschließlich nach kantonalem Recht beurteilt. Die Erhebung eines solchen Anspruchs steht einer Pfändung an sich nicht entgegen. Auch Gegenstände und Forderungen, deren Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners bestritten ist, können beschlagnahmt werden.“ Dieß trifft auch zu, wenn die Frau betrieben ist und der Mann sich der Pfändung des Lohnes der Frau widersetzt, weil er ihm gehöre; dies ist eben eine der in § 29 Abs. 2 des Einf.-G. vorgesehenen Einsprachen gegen die Pfändung, welche nach ausdrücklicher gesetzlicher Norm als Eigentumsansprachen zu behandeln sind. Der Entscheid wäre demnach im Prozeßverfahren und nicht im Beschwerdeverfahren zu treffen gewesen.

2. Die materielle Begründung des Entscheides scheint mit § 29 des Einf.-G. nicht wohl vereinbar. Allerdings ist das Prinzip des § 593 Priv. G.-B. geblieben, daß der Erwerb der Ehefrau dem Manne gehört; aber es werden einige Ausnahmefälle statuiert, in denen dies nicht der Fall ist. Die Ausnahme beschränkt sich indes nicht nur auf die Sicherheit des Unterhaltes der Ehefrau, sondern erstrekt sich auch auf den Fall, wo die Erträgnisse für die Bezahlung ihrer laufenden Verbindlichkeiten notwendig sind. Die Entscheidung wird im vorliegenden Fall davon abhängig sein, ob die im Betreibungswege geltend gemachte Forderung als „laufende Verbindlichkeit“ der Frau zu bezeichnen ist. Wenn ja, so ist die Pfändung begründet. Diese Entscheidung ist im Prozesse im beschleunigten Verfahren zu treffen. Daraus aber, daß das Vorliegen des Ausnahmefalles von § 593 Priv. G.-B. im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht worden ist, kann nicht gefolgert werden, die ganze Pfändung sei nun gestützt auf jenes Prinzip ungültig. Bl.

Rechtslitteratur.

1. Curti, Dr. Eugen, Rechtsanwalt, Sämtliche Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet, 2 Bände. I. Band: Öffentlichrechtliche Entscheidungen, Zürich 1901, Druck und Verlag von Schultheß & Cie., 616 Seiten Lexikonformat, geheftet Fr. 12. —, gebunden Fr. 14. —.

Zur Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, von welcher gegenwärtig der 26. Band im Erscheinen begriffen ist, bestehen 2 Generalregister, das erste zu Band I—IX, das zweite zu Band X—XIX. Es liegt auf der Hand, daß damit dem praktischen Bedürfnisse nicht Genüge gethan ist; denn um irgend eine Materie zu überblicken, müssen nicht bloß die beiden Generalregister, sondern auch sämtliche den nachfolgenden 6 Bänden beigegebenen Register nachgeschlagen werden, was außerordentlich viel Zeit in Anspruch nimmt. Weiter ist die Anschaffung der ganzen Sammlung mit beträchtlichen Kosten verbunden, trotz der Gesetzeskommentare bleibt aber in manchen Fällen mit Bezug auf Fragen der Gerichtspraxis das Studium der Entscheidungen selbst unerläßlich.

Rechtsanwalt Dr. E. Curti in Zürich hat es unternommen, von sämtlichen Entscheidungen Auszüge anzufertigen, die für jedes einzelne Erkenntnis den Thatbestand und die Rechtsgründe möglichst kurz und knapp, aber in ihrer Essenz vollständig wiedergeben; diese Excerpte sind nach den Gesetzesmaterien und innerhalb der letzteren chronologisch gruppiert. Der I. Band, die öffentlichrechtlichen Entscheidungen umfassend, liegt nun vor; ein II. Band, der noch im Laufe dieses Jahres erscheinen soll und im Manuskripte bereits fertig erstellt ist, wird die Entscheidungen auf dem Gebiete des Bundescivilrechtes enthalten und damit das Werk zum Abschlusse bringen.

Die Aufgabe des Verfassers war unzweifelhaft eine sehr schwierige und stellte in Bezug auf die Beherrschung des Rechtsstoffes, juristischen Scharfsinn und nicht zum mindesten Gewandtheit in der sprachlichen Form sehr bedeutende Anforderungen; unseres Erachtens ist aber das vorgesteckte Ziel durchaus erreicht worden. Die Auszüge enthalten in hervorragender Prägnanz die einzelnen Fälle in ihrer thatsächlichen und rechtlichen Individualität. Die gebotene räumliche Einschränkung erheischte freilich, daß jede Entscheidung nur einmal und dann in ihrer Totalität reproduziert wurde, auch wenn sie sich auf mehrere Materien bezog; die Verweisungen und das dem II. Bande beizugebende alphabetische Sachregister dienen dazu, solche Fälle bei allen behandelten Materien aufzufinden. Ohne Zweifel hat der Verfasser dies beim Civilrecht, wo die Entscheidungen in der Regel mehrere Rechtspunkte berühren, mit besonderer Aufmerksamkeit berücksichtigt. Neben der vollen Zuverlässigkeit der Auszüge, wofür alle Gewähr gegeben ist, hat die vorliegende Arbeit namentlich den Vorzug großer Übersichtlichkeit. Die Sammlung beginnt mit den bundesgerichtlichen Präjudikaten zu: I. der Bundesverfassung, artikelweise fortschreitend, dann folgen II. die Bundesgesetze, in chronologischer Reihenfolge behandelt, hierauf ebenso III. die Konkordate, dann IV. die Kantonsverfassungen, in wenige Gruppen systematisch gegliedert, weiter V. die Staatsverträge, mit besonderer Zusammenstellung der Auslieferungsverträge, VI. die strafrechtlichen Entscheidungen und endlich VII. die öffentlichrechtlichen Entscheidungen zum Schuldbetreibungs- u. Konkursgesetz. Zur Entlastung des II. Bandes wurden die zahlreichen in der amtlichen Sammlung unter den civilrechtlichen Erkenntnissen mitgeteilten Fälle, in denen das Bundesgericht aus formellen Gründen auf die Weiterziehung nicht eintrat, als prozeßrechtliche unter dem Abschnitt „Organisationsgesetz“ behandelt. Innerhalb der einzelnen Materien bezw. Gesetzesartikel ist der Stoff, soweit wünschbar, unter fettgedruckten Untertiteln wiederum systematisch gesichtet. Die Entscheidungen sind fortlaufend numeriert, mit Angaben der Parteien und des Datums, wie auch des Kantons, dessen Behörden als Vorinstanz entschieden haben; dagegen fehlt eine Verweisung auf die Amtliche Sammlung selbst, die betreffende Seitenzahl soll im Register noch beigefügt werden und die Bandziffer kann leicht aus dem Datum nachgerechnet werden. Für die Zukunft ist die Herausgabe von Supplementen in Aussicht genommen.

Das in seiner ersten Hälfte vorliegende Werk hat zweifellos als Hülfsmittel für die schweizerischen Juristen in jeder Stellung einen ganz eminenten Wert. Dasselbe ermöglicht eine rasche Orientierung in der weit verzweigten Gerichtspraxis des gesamten Bundesrechtes und bietet in der außerordentlich knappen und doch originären Zusammenfassung eines ungemein reichen Rechtsinhaltes eine außerordentlich dankbare Lektüre. Wenn auch für gewisse Fälle das Studium der Amtlichen Sammlung vorbehalten bleiben muß, so wird das besprochene Sammelwerk doch jedenfalls in der Regel dem Bedürfnisse genügen. Dasselbe verdient daher im vollsten Maße Anerkennung und Unterstützung. Dank gebührt auch der Verlagsbuchhandlung, die sich die Förderung derartiger nationaler Werke angelegen sein läßt und es auch hier verstanden hat, den Druck vortrefflich zu gestalten.

2. Neues Firmenverzeichnis des Kantons Zürich, abgeschlossen per 31. Dezember 1900, Verlag des Art. Institut Orell Füssli, Zürich, 1901. Preis Fr. 3. —.

Das bisherige vom kantonalen Handelsregisterbureau im Selbstverlag herausgegebene auf 30. Juni 1898 abgeschlossene Firmenverzeichnis des Kantons Zürich ist zwar seither mit vierteljährlichen Nachträgen versehen worden; allein die Durchsicht dieser bisanhin erschienenen 9 Bulletins, welche, wie wir annehmen, nicht mehr fortgesetzt werden sollen, ist derart zeitraubend, daß die vor kurzem erfolgte Neuherausgabe des Verzeichnisses von allen Interessenten begrüßt werden wird. Dasselbe hat eine wesentliche Verbesserung dadurch erfahren, daß die Firmen der Stadt Zürich nicht mehr wie bisher nach den 5 Stadtkreisen getrennt aufgeführt sind, was sich für den praktischen Gebrauch als störend erwiesen hat, sondern in ungetrennter alphabetischer Reihenfolge. Das neu vorliegende Verzeichnis soll nun alljährlich neu herausgegeben werden, nach Ablauf jedes Quartals (im April, Juli und Oktober 1901) werden Nachführungsbulletins erscheinen, deren Preis in demjenigen dieses Registers inbegriffen ist; damit scheint uns das praktisch Richtige getroffen. Angesichts des hervorragenden Interesses dieser Publikation für alle Geschäftsleute und die Behörden bedarf dasselbe einer weitern Empfehlung nicht.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Mai 1901. XX. Band. No. 8.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Namensschutz für Vereine. II. Urteile der Appellationskammer des zürich. Obergerichtes betr. a) Schuldübernahme, b) Vaterschaftsklage. III. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Pfändung, b) Pfandverwertung.

Handelsgericht Zürich.

8. Februar 1901.

Krankenverein „Helvetia", Thalweil und Horgen c. Schweiz. Krankenkasse Helvetia.

Namensschutz für Vereine.

Klage des ältern „Krankenverein Helvetia" gegen den jüngern „Schweiz. Krankenverein Helvetia" auf Weglassung des Wortes „Helvetia". Rechtspersönlichkeit des im Handelsregister nicht eingetragenen Klägers? Begriff des „Wirtschaftlichen Vereins" gemäss Art. 717 und 678 Obl.-R. — Individualrecht auf einen originalen Namen als Geschäftsbezeichnung.

Seit dem Jahre 1875 besteht in Horgen und Thalweil ein Krankenverein. Am 13. Januar 1895 gab derselbe sich Statuten und konstituierte sich nun als „Krankenverein Helvetia". Nach Art. 1 der Statuten bezweckt der Verein, seine Mitglieder bei Erkrankungen, Unglücksfällen und im Sterbefall zu unterstützen; nach Art. 2 umfaßt er die Wahlkreise Horgen und Thalweil; die Unterstützungen sollen auf dem Wege monatlicher Beiträge der Mitglieder aufgebracht werden. Im Jahre 1899 zählte der Verein 366 Mitglieder mit einem Vermögen von Fr. 6000; mit demselben ist seit 30. Juli 1900 eine „Sterbekasse" verbunden; ferner gehört er dem seit 1895 bestehenden „Verband für Freizügigkeit der Krankenvereine und Sterbekassen des Kantons Zürich" an, der ca. 20,000 Mitglieder hat und bezweckt, den Mitgliedern der Verbandsvereine bei Wohnortswechsel unentgeltliche Aufnahme in die Krankenkasse des neuen Wohnortes und sofortiges Unterstützungsrecht zu verschaffen.

Am 10. Dezember 1899 wurde mit Sitz in Zürich unter der Firma „Schweizerische Krankenkasse Helvetia" eine Genossenschaft gebildet, welche die Unterstützung ihrer Mitglieder in Krankheitsfällen, mittelst von den Genossen zu leistender Beiträge bezweckt. Dieselbe zerfällt in Sektionen im Gebiete der ganzen Schweiz; zurzeit bestehen 30 Sektionen, u. a. solche in Thalweil und in Horgen; die Mitgliederzahl beträgt ca. 8000.

Mit Brief vom 3. März 1900 erhob der „Krankenverein Helvetia" bei der „Schweiz. Krankenkasse Helvetia" Einspruch dagegen, daß diese sich den Beinamen „Helvetia" gebe, weil dadurch zu seinem Schaden Verwechslungen beider Verbände veranlaßt

werden können; die „Schweiz. Krankenkasse Helvetia“ trat aber hierauf nicht ein, ließ sich vielmehr unterm 5. November 1900 unter der genannten Firma ins Handelsregister eintragen.

Dies veranlaßte den „Krankenverein Helvetia“ zur gerichtlichen Klage, womit er verlangte, daß die „Schweiz. Krankenkasse Helvetia“ angehalten werde, in ihrem Namen das Wort „Helvetia“ wegzulassen. — Zur Begründung wurde vorgebracht: Die Benutzung des Namens „Helvetia“ durch die Beklagte sei rechtswidrig, da die Klägerschaft ihn zuerst geführt habe und somit im Gebiete ihres Wirkungskreises, in dem die Beklagte sich ebenfalls bethätige, auf denselben ein ausschließliches Recht habe und nun durch die Mitbenutzung seitens der Beklagten geschädigt werde, indem diese Verwechslungen der beiden Verbände zur Folge habe, was nicht bloß Zeitverlust, Reibereien u. s. w. bewirke, sondern auch namentlich, daß leicht einzelne Personen sich statt dem Kläger der Beklagten anschließen, während das ökonomische Interesse derartiger Verbände zur Verminderung des Risikos eine möglichst große Mitgliederzahl erheische. Das Wesentliche am Namen beider Litiganten sei nämlich das Wort „Helvetia“; „Krankenvereine“ und „Krankenkassen“ gebe es zu Hunderten, diese Bezeichnungen seien nicht unterscheidend, zumal nicht für die Leute, mit denen solche Verbände in der Regel zu verkehren haben, ebensowenig die Ortsangabe. Ferner gehören die Worte „Thalweil und Horgen“ nicht zum Namen des klägerischen Vereins, sondern nur zur Adresse. Endlich enthalte die Mitbenutzung des Namens „Helvetia“ durch die Beklagte angesichts der ihr bekannt gewesenen Priorität des Klägers auch eine illoyale Konkurrenz.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und in erster Linie eingewendet: Dem Kläger fehle die Rechtspersönlichkeit und damit die Parteifähigkeit und Aktivlegitimation; denn derselbe sei ein wirtschaftlicher Verein, der gemäß Art. 678 Obl.-R., um Persönlichkeit zu haben, im Handelsregister eingetragen sein müsse. Das Kriterium eines „wirtschaftlichen Vereins“ im Sinne der genannten Gesetzesstelle sei nämlich der Besitz eines Vermögens bezw., daß dieses beim Verband eine wesentliche Rolle spiele; dagegen bedürfe es hiefür nicht eines Erwerbszweckes. Ein „idealer“ Verein im Sinne des Art. 17 d. privatrechtl. Ges. B., der hienach durch die Statutengebung juristische Persönlichkeit erlange, sei der Kläger nicht; denn das Vermögen sei bei ihm die Hauptsache und die Verfolgung eines idealen Zweckes bloße Nebensache.

Sodann sei die Klage deshalb abzuweisen, weil gemäß Art. 873 Obl.-R. die Firma der beklagten Genossenschaft sich lediglich von jeder „bereits eingetragenen“ Firma deutlich unterscheiden müsse, so daß dem Kläger ein Klageanspruch nicht zustehe.

Weiterhin unterscheide sich die beklagte Firma genügend vom Namen des Klägers. Bei diesem sei der Zusatz „Helvetia“, der erst aus späterer Zeit herrühre, ganz unerheblich; auch bei andern ähnlichen Vereinen seien derartige Beinamen üblich, wie z. B. „Bethania“, „Eintracht“, „Frühlingssonne“, ohne daß aber hierauf irgendwelches Gewicht gelegt werde, sie seien ganz nebensächlich. In der Schweiz gebe es noch eine Reihe von „Krankenverein Helvetia“, z. B. in Baar (vom Kläger bestritten), keiner sei bisher gegen die Beklagte vorstellig geworden. Wesentlich sei vielmehr einerseits das „Krankenverein“ und anderseits — als die Hauptsache — die Ortsangabe „Thalweil und Horgen“, die stets als Bestandteil des Namens geführt werde, so in Art. 1 der Statuten der Sterbekasse und im Verzeichnis der Verbandsvereine des kantonalen zürcherischen Freizügigkeitsverbands. — Irgend eine dolose Absicht oder illoyale Konkurrenz sei der Beklagten ferne gelegen, sie habe bei ihrer Gründung von der Existenz des klägerischen Vereins keine Ahnung gehabt.

Der Kläger hat die Anwendbarkeit des Art. 678 Obl.-R. bestritten. Hiefür genüge es nicht an irgend einer volkswirtschaftlichen Bedeutung des betreffenden Personenverbandes; die Eintragung sei vom Gesetz wesentlich verlangt, damit das Publikum wisse, mit wem es zu thun habe, also mit Rücksicht auf den Verkehr, Art. 678 habe eine wirtschaftliche Wirksamkeit nach außen im Auge,

Krankenvereine machen aber in der Regel keine Geschäfte, sie versichern nicht Dritte und haben keinen Erwerbszweck, sondern ein gemeinnütziges Ziel; daher seien sie in der Regel auch nicht eingetragen und werde ihre Eintragung nicht für nötig gehalten, so habe der hiesige Handelsregisterführer der „Unfall- und Krankenkasse der Baugewerbe im Bezirk Zürich" die Eintragung verweigert, obschon diese ein großes Kapital besitze.

Der „Schweiz. Krankenverein Helvetia" wurde unter Gutheißung der Klage, als pflichtig erklärt, das Wort „Helvetia" in seinem Namen zu streichen.

Gründe:

1. Vor allem muß geprüft werden, ob der klägerische Verband das Recht der Persönlichkeit habe; denn im Verneinungsfalle wäre auf die Sache gar nicht einzutreten, da es alsdann dem Kläger sowohl an der Parteifähigkeit als auch an der Aktivlegitimation fehlen würde.

Da der klägerische Verein nicht ins Handelsregister eingetragen ist, wohl aber Statuten hat, also nach kantonalem zürcherischem Rechte (Priv. G.-B. § 18) unzweifelhaft Persönlichkeit besitzt, so ist die Frage nur die, ob es sich bei demselben um einen „wirtschaftlichen Verein" im Sinne der Art. 717 und 678 Obl.-R. handle, in welchem Falle dann ausschließlich das eidgenössische Recht, das für die Persönlichkeit die Eintragung ins Handelsregister verlangt, zur Anwendung käme. An einer näheren Bestimmung des Begriffes „wirtschaftlicher Verein" fehlt es bedauerlicherweise im Obligationenrecht. Das Gesetz stellt dabei ideale Zwecke und wirtschaftliche in Gegensatz, indem es einerseits in Art. 678 von „gemeinsamen Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs" spricht (Franz. Text „un but économique ou financier commun", italienischer Text „uno scopo economico comune"), anderseits, in Art. 716 von „wohlthätigen, geselligen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder andern idealen Zwecken". Das Wesen der beiden Begriffe ergiebt sich freilich aus dieser Umschreibung nicht mit der wünschbaren Klarheit. — Indes kann das Kriterium eines „wirtschaftlichen" Vereins jedenfalls nicht, wie der Vertreter der Beklagten meint, im Besitz eines Vermögens gefunden werden; denn ein solches findet sich auch öfters bei Vereinen von unzweifelhaft idealer Natur als notwendige Grundlage ihrer Bethätigung, wie z. B. Bibliothekgesellschaften, Lesevereinen, Kunstvereinen, Wohlthätigkeitsvereinen, manchen politischen Vereinen (vgl. Schneider Komm. z. zürcher. privatrechtl. Ges.-B. zu § 18 Nr. 1).

Ebensowenig stellt sich wohl ein Personenverband ohne weiteres dann als „wirtschaftlicher Verein" dar, wenn er sich irgendwie wirtschaftlich bethätigt; denn auch dies findet sich bei einer Menge unzweifelhaft „idealer" Vereine, wie Bibliothekgesellschaften, Volksküchen u. drgl. Vielfach ist geltend gemacht worden, daß das Charakteristische eines Vereins im Sinne des Art. 717 Obl.-R. in der Erzielung eines Gewinnes bestehe (vgl. Rossel, Manuel S. 774 Nr. 907, von Muyden in Revue judiciaire Bd. 2 S. 273/275, s. ferner Kirchhofer, Beiträge zum schweiz. Genossenschaftsrecht, Diss. Zürich 1888 S. 20). Demgegenüber hat aber der Bundesrat den Umstand, daß ein Verein keinen Gewinn bezweckt, wohl mit Recht, als für dessen Natur als wirtschaftlichen Verein und somit für dessen Eintragungspflicht unter Hinweis auf Art. 680 Ziff. 7 Obl.-R. unerheblich bezeichnet (Bundesblatt 1894 Bd. 1 S. 34, Rekursalentscheid i. S. des Vereins „Kreditreform").

Die richtige Lösung der Frage dürfte sich ergeben, wenn berücksichtigt wird, daß Art. 678 Obl.-R., mit welchem Art. 717 für den Begriff der „wirtschaftlichen Vereine" offenbar in Verbindung zu bringen ist, nicht schlechtweg von solchen, sondern speziell von Personenverbänden spricht, welche „gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen". Hierin darf unbedenklich der Hinweis darauf erblickt werden, daß im Art. 717 Vereine mit dem Zweck einer wirtschaftlichen Thätigkeit verstanden sind, die sich nicht im Innern des Verbandes, d. h. zwischen seinen Mitgliedern bewegt, welche vielmehr dazu bestimmt sind, nach außen hin aufzutreten, also nicht nur gelegentlich in den Verkehr treten,

sondern geradezu einen Geschäftsverkehr mit Dritten bezwecken, wie z. B. Käsereigesellschaften, die als typisch im Sinne des Art. 678 Obl.-R. betrachtet werden dürften (vgl. Haberstich a. a. O., S. 614, Kirchhofer a. a. O. S. 8 und Entscheid des Bundesgerichts betr. die Sennereigenossenschaft Hinterfeld-Meilen, A. S. Bd. XXI S. 1074). Für die genannte Willensmeinung des Gesetzes spricht auch, daß die Eintragung ins Handelsregister, von der die Rechtspersönlichkeit hiebei abhängig gemacht wird, wesentlich nur für Dritte Bedeutung hat, die mit dem Personenverband in Verkehr treten, indem sie dadurch über die Organisation und die rechtlichen Bedingungen der Haftbarkeit aufgeklärt werden, sowie in letzterer Hinsicht eine gewisse Garantie insofern erlangen, als mit der Eintragung die volle Wechselfähigkeit und die Wechselstrenge (Obl.-R. Art. 720 Abs. 2), sowie die Konkursfähigkeit (Sch.-K.-G. Art. 39 u. 40) verbunden sind. — Sodann ist in dieser Hinsicht noch zu bemerken: Gemäß Art. 64 der Bundesverfassung steht dem Bund auf diesem Gebiete lediglich die Gesetzgebung über das Verkehrsrecht zu, während diejenige über das Personenrecht den Kantonen vorbehalten bleibt. Nun kann zwar die Ansicht schwerlich aufrecht erhalten werden, daß aus diesem Grunde in Art. 678 Obl.-R. unter „Recht der Persönlichkeit" lediglich die Vertrags- und Willensfähigkeit zu verstehen sei (in diesem Sinne Heusler, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. VIII S. 404 ff., dag. Affolter a. a. O. Bd. IX S. 10 ff.); vielmehr ist die genannte, unzweifelhaft ins Personenrecht hinübergreifende Bestimmung eben durch die Unmöglichkeit einer genauen Ausscheidung der beiden Rechtsgebiete veranlaßt worden. Indes erscheint es nach dem erwähnten staatsrechtlichen Gesichtspunkt gewiß als gerechtfertigt, die Vorschrift des Art. 678 Obl.-R. enge zu interpretieren, in dem Sinne, daß im Zweifel der schon durch die Bundesverfassung begründete und im Bundesgesetz über das Obligationenrecht (Art. 719) ausdrücklich bestätigte Vorbehalt des kantonalen Rechts zur Geltung kommen muß, und es stünde sonach mit der Willensmeinung des Gesetzes schwerlich im Einklang, wenn die Eintragspflicht, als Voraussetzung der Rechtspersönlichkeit, auch in Fällen angenommen würde, wo ein Bedürfnis hiezu nicht ersichtlich ist.

Dies alles trifft nun beim klägerischen Krankenverein zu; derselbe ist eine lokal ziemlich eng begrenzte Vereinigung, deren Ziel zwar die Erfüllung eines wirtschaftlichen Zweckes, — der gegenseitigen Versicherung gegen gewisse Risiken der Arbeitskraft, — bildet, die indes grundsätzlich nicht mit Dritten in Verkehr treten soll, abgesehen von ihrem Anschluß an den kantonalen Freizügigkeitsverband. Es würde eine unnötige Härte in sich schließen, wenn Vereinen solcher Art, die sich die Erfüllung beachtenswerter sozialer Aufgaben zum Ziele gesetzt haben, deshalb, weil sie, — wie es bei Hunderten derselben der Fall ist, — nicht ins Handelsregister eingetragen sind, das Recht der Persönlichkeit versagt würde, was gemäß Art. 717 Abs. 2 Obl.-R. zur Folge hätte, daß für Rechtshandlungen im Namen derselben gegenüber Dritten die Handelnden diesen persönlich und solidarisch verantwortlich wären. Speziell im Kanton Zürich sind denn auch derartige Vereine namhaft zu machen, welche, obwohl nicht eingetragen, schon öfters als Prozeßparteien vor den Gerichten aufgetreten und von diesen als solche anerkannt worden sind, so z. B. die „Unfall- und Krankenkasse der Baugewerbe im Bezirk Zürich". Die Prozeßfähigkeit und Aktivlegitimation des klägerischen Vereins ist somit als festgestellt zu erachten.

2. Gegenüber der Klage auf Streichung des Wortes „Helvetia" in der Firma der beklagten eingetragenen Genossenschaft wendet diese ein, in Art. 873 Obl.-R. sei den Genossenschaften die freie Wahl ihrer Firma gewährleistet, lediglich mit dem Vorbehalt, daß diese sich von jeder bereits „eingetragenen Firma" deutlich unterscheiden müsse und keinen Namen einer bestimmten lebenden Person enthalten dürfe. Abgesehen indes davon, daß der Name des Klägers überhaupt schwerlich als „Firma" zu betrachten sein wird, da dieser nicht ein Geschäft im Sinne des Art. 865 Obl.-R., d. h. ein kaufmännisches Gewerbe betreibt,

hält die Berufung auf Art. 873 insofern nicht Stich, als die obligationenrechtlichen Bestimmungen des Firmenrechts für dieses Rechtsgebiet nicht als völlig ausreichend und dasselbe erschöpfend angesehen werden können, die neuere Gerichtspraxis vielmehr auch Einsprachen gegen Firmen zugelassen hat, welche nach den firmenrechtlichen Vorschriften statthaft sind, nämlich in Fällen, wo mittelst der angefochtenen Firma ein Individualrecht verletzt wurde. (Vgl. Bundesger. Entsch. Bd. XXIII S. 1748 ff., bes. S. 1755 Erw. 3 in Sachen Levy c. Naphtaly u. hiezu Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVI S. 246 Erw. 6, ferner Bundesger. Entsch. Bd. XXIII. S. 1810 in Sachen Basler Droschkenanstalt Gebr. Settelen, c. Allgemeine Droschkenanstalt Gebr. Keller, u. das. S. 252 ff. in Sachen Olivet c. Bousser, u. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX S. 3 Erw. 2, s. ferner Bd. XVIII S. 210, 211, in Sachen Anna Egli Leipzigerbazar c. Egli u. Hörner, ferner Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX. S. 206 Erw. 2, in Sachen Schweiz. Gasglühlichtaktiengesellsch. c. Hauser-Gasser, s. ferner das. S. 117, ferner Bundesger. Entsch. Bd. XXV, Teil II, S. 37, i. S. Art. Institut Orell Füssli c. Bibliograph. Art. Institut Zürich, Bundesger. Entsch. Bd. XVII, S. 713, Erw. 5, Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIII, S. 126, Bd. XVI, S. 78 Erw. 2, Bundesger. Entsch. Bd. XXIII, S. 262, Erw. 3 u. 4, und Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX, S. 3, Erw. 3, S. 117, Erw. 4). Die Gerichte haben auch anerkannt, daß der Träger eines bürgerlichen Namens es sich nicht gefallen zu lassen brauche, daß ein Dritter, dem derselbe nicht zusteht, ihn zur Bezeichnung seines Geschäftes verwende (Bundesger. Entsch. Bd. XVII, S. 715, Erw. 6, betr. „Bollerei", und hiezu ferner Handelsrechtl. Entsch. Bd. X, S. 328, und ferner Bd. XIX, S. 118, Erw. 6 und die dortigen Citate), und von der Appellationskammer des zürcher. Obergerichtes ist das Recht auf Schutz bei seinem Namen auch einem Personenverband, und zwar gerade einem „Verein für ideale Zwecke" im Sinne des Art. 716, nämlich einem Musikverein ohne Erwerbsziele, zugestanden worden (Entscheid vom 15. Mai 1899 in S. Stadtmusik Zürich c. Stadtmusik Zürich III, s. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX, S. 104), aus dem offenbar zutreffenden Grunde, daß Verbandspersonen in dieser Hinsicht ähnliche und ebenso begründete Interessen haben, wie physische Personen. — Die Berufung der Beklagten auf Art. 873 Obl.-R. erscheint somit als hinfällig.

3. Mit Grund macht nun der Kläger geltend, daß die Firma der Beklagten, „Schweiz. Krankenkasse Helvetia", geeignet sei, Verwechslungen mit seinem Verband, dem „Krankenverein Helvetia" herbeizuführen. Durch die vorgelegten Korrespondenzen ist als erwiesen anzusehen, daß solche Verwechslungen zweimal bereits stattgefunden haben. Wenn nun auch einzelne derartige Ausnahmsfälle, sofern sie auf bloßer Unachtsamkeit beruhen, nicht ohne weiteres als erheblich anzusehen sind, so darf doch mit Bezug auf die Unterscheidung der Namensbezeichnungen der beiden Litiganten, in Analogie der Gerichtspraxis des Firmenrechts (vgl. Bundesger. Entsch. Bd. XVII S. 649 Erw. 4 u. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVIII S. 209 Erw. 1) hiebei jedenfalls nicht von einer strengern als der im Verkehr üblichen Sorgfalt ausgegangen werden, und in dieser Hinsicht fällt in concreto in Betracht, daß beide Litiganten mit Leuten des Arbeiterstandes zu verkehren pflegen, die nicht gewöhnt sind, es mit der Unterscheidung derartiger Namen genau zu nehmen. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Beklagten ist sodann davon auszugehen, daß die in die Namen der Parteien aufgenommenen Worte „Krankenverein" und „Krankenkasse" jeder Originalität u. daher auch einer wirksamen Unterscheidungskraft entbehren, vielmehr bloße die Natur derartiger Personenverbände angebende, und bei diesen sehr häufig, ja beinahe regelmäßig vorkommende Sachbezeichnungen bilden, die Gemeingut sind (vgl. Bundesger. Entsch. Bd. XVII S. 516 Erw. 5, Bd. XXIII S. 1810, Bd. XXV T. II S. 38 Erw. 5 u. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX S. 6 Erw. 4). Das Wesentliche im Namen beider Parteien ist vielmehr das Wort „Helvetia", und diesem kommt, — jedenfalls für einen Krankenverein in dem vom Kläger beanspruchten beschränkten räumlichen Wir-

kungskreise, die Neuheit und ein eigenartiger individualisierender Charakter zu; es kann ihm unterscheidende Kraft nicht abgesprochen werden. Das genannte Wort im Namen des Klägers bildet auch offenbar nicht, wie die Beklagte meint, eine bloße Dekoration und Nebensache, erscheint vielmehr mit Rücksicht auf seine Originalität gewissermaßen als eine Geschäftsbezeichnung, deren Benutzung, angesichts der Priorität des Klägers, mit Bezug auf dessen Führung, ausschließlich diesem zusteht (s. die Präjudikate in Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVIII S. 210 Erw. 2), ohne daß er nachzuweisen brauchte, daß er durch den Gebrauch der nämlichen Bezeichnung seitens der Beklagten geschädigt werde. Indes liegt auf der Hand, daß durch derartige Verwechslungen wenigstens allerlei Unannehmlichkeiten und Zeitverlust entstehen. — Die Einwendung der Beklagten, daß dem Kläger in dieser Hinsicht deshalb ein Einspruchsrecht nicht zukomme, weil er an einem „andern Ort" domiziliert sei, erscheint, abgesehen davon, daß Art. 868 Obl.-R. für diesen Fall lediglich der ältern Firma die Priorität einräumt, deshalb als unstichhaltig, weil, wie schon oben erörtert, hier überhaupt nicht ausschließlich das Firmenrecht in Betracht kommt; im übrigen darf die genannte örtliche Beschränkung, mit Rücksicht auf die offenbare Absicht der Gesetzesvorschrift, nur genügend unterscheidbare neue Firmen zuzulassen, offenbar nicht enge ausgelegt werden, und jedenfalls kann im vorliegenden Falle, wo das Wirkungsgebiet der Beklagten zugestandenermaßen in dasjenige des Klägers hinübergreift, die Verwechselbarkeit der beiden Geschäftsnamen, worauf es hier einzig ankommt, nicht in Zweifel gezogen werden. Die Beklagte behauptet freilich, zum Namen des Klägers gehören als Bestandteil außer der Bezeichnung „Krankenverein Helvetia„ auch noch die Worte „Thalweil und Horgen" und in diesem Falle könnte es sich fragen, ob nicht durch den Namen als Ganzes, wie er wenigstens für das Firmenrecht in dieser Hinsicht maßgebend wäre, (vgl. z. B. Bundesger. Entsch. Bd. XXV T. II S. 37 Erw. 4), eine genügende Unterscheidung der Firma der Beklagten gegeben wäre. Allein jene Behauptung ist bestritten und es fehlt für dieselbe an einem genügenden Nachweis. In den Statuten des Klägers ist dessen Name überhaupt nicht festgestellt, im Titel derselben nennt er sich aber lediglich „Krankenverein Helvetia"; die beigedruckten Statuten der mit dem klägerischen Verein verbundenen „Sterbekasse" geben über diesen Punkt nicht Klarheit, und ebensowenig die Liste der Verbandsvereine des kantonalen zürcherischen Freizügigkeitsverbandes, wo sämtliche Mitglieder mit ihrem Domizile aufgeführt, aber ohne daß ersichtlich wäre, ob damit auf den Namen derselben Bezug genommen oder bloß die Adresse angegeben werden solle, und auch aus dem mit einem Stempel angebrachten, aber handschriftlich ergänzten Briefkopfe des Klägers kann hierüber nichts Bestimmtes entnommen werden.

Endlich muß aber bemerkt werden, daß die Beklagte gegen die gute Treue handelte, indem sie bei ihrer Gründung, Ende 1899, das Wort „Helvetia" in ihre Firma aufnahm, da ihr gewiß nicht unbekannt war, daß der ganz in der Nähe bestehende klägerische Verein diesen Namen schon seit einigen Jahren führe, und als illoyal erscheint es vollends, daß sie der bezüglichen Einsprache des Klägers vom 3. März 1900 keine Folge gab, sondern nichtsdestoweniger die angefochtene Firma ins Handelsregister eintragen ließ; dieses Benehmen rechtfertigte sich auch offenbar dann nicht, wenn die Beklagte sich hiefür, wenigstens formell, für berechtigt gehalten haben sollte.

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Schuldübernahme.

§ 363 P. G.-B. Kann der Schuldbriefgläubiger den Erwerber des Pfandobjektes, den er, so lange er Pfandeigentümer war, als Schuldner nicht angenommen hat, nachher noch annehmen, nachdem dieser das Pfandobjekt bereits weiter veräußert hat? Verneinung der Frage.

A. Beerli in Zürich III war Eigentümer eines Schuldbriefes von Fr. 10,000. —, haftend auf einer Liegenschaft in Zürich III, die einem gewissen Heidelberger gehörte. Dieser verkaufte dieselbe dann an Zollinger & Weber und diese an die heutige Klägerin Frau Senn. Von dieser ging die Liegenschaft kaufweise an Ulrich Ötiker und nachher an Robert Tschaggeni über. Der Schuldbrief von Fr. 10,000. — wurde jeweilen den Käufern der Unterpfande zur Verzinsung und Bezahlung überbunden, Beerli hat aber die neuen Grundeigentümer nie als Schuldner angenommen, sondern sich an Heidelberger gehalten. Infolge unpünktlicher Zinsung verlangte Beerli Bezahlung des Kapitals und betrieb den Heidelberger hiefür; das Pfand wurde verwertet und die Schuldbrieforderung von Fr. 10,000. — kam dabei vollständig zu Verlust. Für diesen Ausfall belangte nun Beerli, bezw. dessen Konkursmasse, die Frau Senn, trotzdem dieselbe, so lange sie Eigentümerin der Unterpfande war, vom Schuldbriefinhaber nie als Schuldnerin angenommen worden ist. Der Audienzrichter erteilte auf erfolgten Rechtsvorschlag hin provisorische Rechtsöffnung und es stellte nunmehr die betriebene Frau Senn die Aberkennungsklage.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, die Appellationskammer dagegen hieß dieselbe gut und verwarf den Anspruch der Konkursmasse Beerli.

Gründe:

1. Das Grundpfand des zürch. Rechtes (§§ 325 ff. P. G.-B.) ist accessorischer Natur. Während die Gültschuld als Reallast von Rechts wegen auf jeden neuen Erwerber des belasteten Grundstückes übergeht (§ 322), bedarf es für den Übergang der persönlichen Hypothekarschuld auf den Erwerber des Grundpfandes eines obligatorischen Verpflichtungsaktes (Schuldübernahme). Wenn das Gesetz (in § 361) dem Erwerber die Pflicht zur Schuldübernahme auferlegt, so kann dies bei der grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen der Gült und der Hypothek nicht dazu führen, den Erwerber schon als solchen für die Hypothekarschuld persönlich haftbar zu erklären. (Vgl. Ullmers Komm. Nr. 1209; F. v. Wyß, die Gült und der Schuldbrief nach zürch. Rechte, Zeitschrift f. Schweiz. Recht, I. Serie, Bd. 9, S. 57 f.) Wie im einzelnen Falle diese gesetzliche Pflicht zur Übernahme der Hypothekarschulden gegenüber dem Erwerber erzwungen werden könne, ist hier nicht zu untersuchen.

2. Dagegen läßt sich die Frage aufwerfen, ob es nicht als die Meinung des Gesetzes angesehen werden dürfe, daß diese Pflicht gegen den Erwerber des Grundpfandes nur so lange geltend gemacht werden könne, als derselbe Eigentümer des Pfandes bleibt. Für diese Auslegung könnte folgendes angeführt werden: Nach § 361 P. G.-B. soll der Erwerber „mit der verpfändeten Sache auch die darauf haftenden Schulden“ übernehmen. Das im Gesetze auch anderwärts dokumentierte Bestreben, nach welchem Schuldpflicht und Pfandeigentum möglichst zusammenfallen sollen, ist, wenn nicht als der einzige, so doch gewiß als der ausschlaggebende Grund für die Aufstellung jener gesetzlichen Pflicht zu betrachten. (Vgl. H. E. Bd. 19, S. 244 ff.) Bei der Annahme dieser ratio legis aber läßt sich weiter der Satz aufstellen, daß der Erwerber, welcher die Hypothekarschulden wirklich übernommen hat, seiner Pflicht dem Hypothekar-Gläubiger gegenüber genügt, wenn er bei der Weiterveräußerung des Pfandes dafür sorgt, daß der neue Erwerber seinerseits die Schuld als persönliche übernimmt und so den vom Gesetze angestrebten Zustand der Vereinigung von Schuldpflicht und Pfandeigentum in einer Hand herstellt. Hat der Pfandgläubiger den Erwerber, der seinem Kontrahenten, dem Veräusserer, gegenüber die Hypothekarschuld übernommen hatte, als Schuldner nicht angenommen, so lange der Erwerber Pfandeigentümer war, so kann er ihn daher, nachdem nicht nur das Pfand, sondern auch die Schuld auf einen neuen Erwerber übergegangen ist, nach keiner Richtung mehr in Anspruch nehmen. Ja, es kann sich fragen, ob nicht allein schon der Eigentumswechsel dem Hypothekargläubiger das Recht benehme, den ersten Erwerber, den er vorher nicht angenommen hatte, nach geschehener Weiterübertragung des Grundpfandes noch als persönlichen Schuldner anzunehmen. Indessen braucht

diese Frage hier nicht entschieden zu werden, da die Aberkennungsklägerin unbestrittenermaßen nicht nur das Grundpfand, sondern auch die darauf haftenden Schulden auf ihren Nachmann übertragen hat. Das Gesetz wollte dem Hypothekargläubiger offenbar nicht eine ganze Reihe von persönlichen Schuldnern zur Auswahl verschaffen, sondern bezweckte mit der Vorschrift des § 361 nichts anderes, als dem Veräußerer wie auch dem Gläubiger ein Recht darauf zu gewähren, daß der jeweilige Pfandeigentümer auch die Pfandschuld übernehme, und in § 363 wollte dem Gläubiger offenbar nur die Wahl zwischen dem alten, das Pfand veräußernden Schuldner und dem jeweiligen Pfandeigentümer eingeräumt werden, wie es z. B. § 432 des sächs. Bürgerl. G. B. ausdrücklich vorsah und wie das hierseitige Obergericht früher in einer Reihe von Fällen entschieden hat (vgl. Ullmers Comm. Nr. 1213, Ziff. 2, und H. E. XIX, S. 244 ff.).

Da im vorliegenden Falle der Beklagte die Klägerin als persönliche Schuldnerin nicht angenommen hatte, so lange sie Eigentümerin des Pfandes war, so kann er sie nachträglich nicht mehr als Schuldnerin belangen. Die Aberkennungsklage ist daher gutzuheissen.

3. Zum gleichen Resultate führt auch folgende Argumentation: Der Erwerber des Grundpfandes, welcher die Schuld des Veräusserers übernommen hat, ist materiell Hypothekarschuldner geworden, der Veräusserer haftet nur noch formal. Das Recht des Hypothekargläubigers, den Schuldübernehmer als Schuldner anzunehmen, stützt sich darauf, dass der letztere materiell in die Schuld eingetreten ist. Wie das römische Recht dem Gläubiger des Rheders die Wahl gab, mit der actio exercitoria entweder den materiell haftenden exercitor oder den formal haftenden magister navis zu belangen (s. l. 1 § 17 D. de exercit. act. 14, 1; Vangerow, Pandekten § 661, Anmerkung), so giebt das zürch. Hypothekarrecht dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen dem alten, veräußernden Schuldner, der nach der Überbindung der Schuld formal haftbar geblieben ist, und demjenigen, der durch die Schuldübernahme materiell Schuldner geworden ist. Sobald aber infolge weiterer Veräußerung und neuer Überbindung der Schuld auf einen Dritten dieser neue Erwerber in die materielle Schuldpflicht eingetreten ist, ohne daß der Gläubiger den zweiten Schuldner vorher anerkannte, so hat der Gläubiger nur die Wahl, entweder den formal haftenden ursprünglichen Schuldner oder den dritten, in die materielle Schuld eingetretenen Pfandeigentümer zu belangen; der zweite Schuldner ist nicht mehr materieller Schuldner und formal haftet er dem Gläubiger nicht, weil er von demselben noch nicht bei seiner Schuldübernahme behaftet worden ist. Die formale Haft des zweiten Schuldners wäre dem Gläubiger gegenüber vielmehr nur dann begründet worden, wenn dieser ihn vor der Weiterübertragung der Schuld als Schuldner agnosciert hätte. Im vorliegenden Falle haftete dem Beklagten zuletzt nur der ursprüngliche Schuldner Heidelberger kraft seiner formalen Haft, oder — alternativ — der letzte Pfandeigentümer, welcher die materielle Schuldpflicht übernommen hatte, nicht aber die Klägerin, welche zur Zeit, da sie materielle Schuldnerin war, vom Beklagten nie als Schuldnerin anerkannt worden war.

4. Wollte man aber auch an der vom Kassationsgerichte im Prozesse Bloch & Haarburger gegen Greppi (Urteil v. 17. März 1900, H. E. Bd. 19, S. 141 ff, Erw. 3 am Ende) bestätigten Ansicht festhalten, nach welcher das Recht des Hypothekargläubigers, sich an den ihm angewiesenen neuen Schuldner zu halten, dadurch nicht untergeht, daß dieser das Pfand weiter veräußert und die Schuld einem Dritten überbindet, so würde im vorliegenden Falle doch zu Ungunsten des Beklagten zu entscheiden sein. Dieser weitgehende Anspruch des Schuldbriefgläubigers läßt sich nämlich aus allgemeinen obligationen- oder sachenrechtlichen Grundsätzen nicht ableiten. Insbesondere kann sich der Hypothekargläubiger nicht etwa auf Art. 128 Abs. 2 Obl. R. berufen, um aus dem zwischen dem das Pfand veräußernden und die Schuld auf den neuen Erwerber übertragenden Schuldner und dem Schuld-

übernehmer abgeschlossenen Vertrage einen Anspruch gegen den Übernehmer herzuleiten. Das Schuldübernahmegeschäft kann nicht als ein zu Gunsten des Gläubigers abgeschlossener Vertrag betrachtet werden. Der Schuldübernahmevertrag bezweckt nichts als den Wechsel des Schuldners in dem sonst unverändert fortbestehenden Schuldverhältnisse; der Gläubiger soll nicht einen zweiten Schuldner neben dem alten, sondern einen neuen an Stelle des alten erhalten. Ein neuer Schuldgrund und ein neues Recht soll für den Gläubiger bei der privativen Schuldübernahme nicht geschaffen werden. Bei den Verträgen zu Gunsten Dritter aber wird dem Begünstigten ein neues, auf dem Verhältnisse der beiden Kontrahenten beruhendes Recht (mit eigener causa) geschaffen. (Vgl. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, Göttingen 1895, S. 114 f. und die dort citierten Schriftsteller; ferner H. E. Bd. 19 S. 246.) Der Hypothekargläubiger belangt den Erwerber aus eigenem, nicht aus fremdem Rechte, denn es ist immer dieselbe Hypothekarforderung, auf die er seinen Anspruch stützt. Nach gewöhnlichen obligationenrechtlichen Grundsätzen ließe sich der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer bei Verwerfung der in voriger Erwägung geltend gemachten Auffassung nur darauf stützen, daß der Gläubiger dem Schuldübernahmevertrag, den der alte Schuldner mit dem neuen abschließt, beitritt, und so in ein Rechtsverhältnis zum Schuldübernehmer tritt. Dieser Beitritt muß dem Gläubiger von den Übernahmevertragsparteien angeboten werden, da ihm, wie bereits ausgeführt, aus dem bloßen Übernahmevertrag ein Anspruch gegen den Übernehmer noch nicht erwächst. Darnach kann aber der Gläubiger dann, wenn der zweite Schuldner die Schuld auf einen Dritten übertragen hat, bevor der Gläubiger dem ersten Schuldübernahmevertrag beigetreten war, den zweiten Schuldner nicht mehr belangen, wenn dieser sich nicht etwa freiwillig noch als Schuldner behandeln läßt. Der Gläubiger hat alsdann vielmehr nur die Wahl, entweder auf den alten Schuldner zu greifen, oder aber dem zweiten Schuldübernahmevertrage beizutreten, und gestützt darauf, den dritten Schuldner ins Recht zu fassen, wenn ihm der Beitritt zu diesem Vertrage angeboten wird. Nimmt man nun an, der § 363 P. G. B. gewähre dem Schuldbriefgläubiger ein vom Beitritte zu den jeweiligen Schuldübernahmeverträgen unabhängiges, unbeschränktes Recht, auf die Schuldübernehmer (unter Vorbehalt des Rechtes des veräußernden Schuldners auf Befreiung nach Ablauf der in § 363 aufgestellten Frist) zu greifen, so kann diese mit den gewöhnlichen obligationenrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbare Befugnis dem Gläubiger nur so lange eingeräumt werden, als er Hypothekargläubiger bleibt. Nur das Hypothekarrecht verleiht jenen weitgehenden Schutz des Gläubigers. Sobald daher die Hypothekarforderung zu einer laufenden geworden ist, entfällt mit der Anwendbarkeit des Hypothekarrechtes auf das übrig gebliebene laufende Schuldverhältnis auch der Anspruch des Gläubigers, einen Schuldübernehmer zu belangen, wenn der Gläubiger dem betreffenden Übernahmevertrage nicht vorher, d. h. zur Zeit, da er noch Hypothekargläubiger war, beigetreten war. Das Zugriffsrecht des Gläubigers könnte sich ohne solchen Beitritt eben nur auf die Ausnahmebestimmung des § 363 stützen; sobald aber die Forderung zu einer laufenden geworden, kann § 363 nicht mehr zur Anwendung kommen. Im vorliegenden Falle hat sich der Beklagte an die Klägerin erst gehalten, nachdem sein Pfandrecht bei Anlass der betreibungsamtlichen Verwertung des Grundpfandes bereits untergegangen war. Das war aber nach dem Gesagten zu spät. Nach den Akten scheint der Beklagte vor der Verwertung des Pfandes sich „das Regreßrecht“ gegenüber der Klägerin „vorbehalten“ zu haben, allein es ist Thatsache, daß damals der Beklagte noch den ursprünglichen Schuldner betrieben hatte. Da er aber nur ein Wahlrecht zwischen zwei Personen besass, durfte er selbstverständlich nicht die eine Person belangen und gleichzeitig einen Anspruch gegen die andere Person vorbehalten. Von einem „Regreßrecht“ aber konnte nicht die Rede sein.

(Senn c. Beerli, 26. März 1901. U.)

II. Vaterschaftsklage.

Die Thatsache, dass eine Vaterschaftsklägerin die an ihrem Wohnorte vorgeschriebenen Schritte zur Verfolgung ihres Anspruches gethan hat, genügt, um eine Ausnahme von der in § 698 Abs. 1 P. G. B. normierten Regel eintreten zu lassen.

Der Beklagte hat die Einrede erhoben, daß die Klage wegen verspäteter Einleitung zu verwerfen sei; nun ist allerdings richtig, daß § 698 Pr. G. B. prozessualischen Charakter hat, und deshalb an und für sich auch da zur Anwendung kommen muß, wo in materieller Beziehung, d. h. hinsichtlich der Folgen der Vaterschaft, nach fremdem Rechte zu entscheiden ist. Es handelt sich bei der Bestimmung keineswegs etwa um den durch Zeitablauf eintretenden Untergang der aus der Vaterschaft resultierenden Ansprüche, welch' letztere ja vor der Geburt des Kindes noch gar nicht realisiert werden können, sondern der Sinn der Vorschrift ist der, daß auf die Feststellung einer bestrittenen Vaterschaft nur eingetreten werden solle, wenn die Klage möglichst früh (in der Regel noch während der Schwangerschaft) eingeleitet und damit eine gewisse Garantie für die richtige Ermittelung des Thatbestandes geboten werde. Von dieser Auffassung ausgehend, haben die Gerichte denn auch die Bestimmung in Fällen, in denen über die Thatsache der Vaterschaft kein Streit herrschte, für unanwendbar erklärt. Die Einrede der verspäteten Klageeinleitung kann danach nicht einfach durch Anrufung fremden Rechts beseitigt werden. Dagegen erscheint dieselbe aus einem andern Gesichtspunkte als unbegründet. Die Praxis ist stets davon ausgegangen, daß den beiden in § 698 Pr. G. B. enthaltenen Sätzen aus Billigkeitsgründen Ausnahmen zu gestatten seien (vgl. Rechenschaftsbericht pro 1895, Nr. 116). Nun liegt hier aber, wie die erste Instanz mit Recht ausgeführt hat, ein derartiger Ausnahmefall vor. Die beiden Parteien waren bis September 1899 im Kanton Bern domiziliert, und es hat die Klägerin die vom bernischen Rechte vorgesehenen Schritte zur Feststellung der Vaterschaft gethan. Daß sie später nicht sofort, nachdem sie von dem Domizilwechsel des Beklagten Kenntnis erhielt, die Klage in Zürich beim Friedensrichter einleitete, kann ihr gewiß nicht zum Vorwurf gemacht werden. Irgendwelche Nachteile für die richtige Ermittelung der Vaterschaft haben sich daraus auch nicht ergeben, da die Klägerin ja in Bern während der Dauer der Schwangerschaft amtlich einvernommen wurde und dabei sowohl über die Person des Schwängerers, als auch den Zeitpunkt der Conception Angaben gemacht hat. Der Zweck, den der Gesetzgeber in § 698 verfolgt, ist mithin durch das Vorgehen der Klägerin erreicht, so dass es sich um so eher rechtfertigt, der verspäteten Klageeinleitung eine Bedeutung nicht beizumessen. (Rütimeyer c. Duvillard, 27. Febr. 1901. U.)

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs.

I. Pfändung.

Die in Formular B, zur obergerichtlichen Anweisung (speciell § 121) vom 16. Januar 1894 zum Betreibungsgesetz der Ehefrau des Schuldners angesetzte 40tägige Frist zur Geltendmachung ihrer allfälligen Eigentumsansprache an beim Ehemann gepfändeten Sachen, ist eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung seitens der Ehefrau nicht die Verwirkung ihrer Ansprache zur Folge haben kann. § 41 des Einf.-G. z. Sch.- u. K.-G., Art. 106 Sch.- u. K.-G.

Am 27. April 1900 pfändete das Betreibungsamt Zürich IV bei K. Walter für eine Forderung des C. Herdy von Fr. 47. 80 Cts. zwei hausrätliche Gegenstände. Am 30. April 1900 erließ das Amt gemäß der Vorschrift der §§ 41 des kantonalen Einführungsgesetzes und 121 der obergerichtlichen Anweisung zum Betreibungsgesetz an die Ehefrau eine Anzeige von der erfolgten Pfändung mit Fristansetzung zur Geltendmachung von Eigentumsansprachen. Dabei bestimmte es die Frist, welche nach dem in der genannten

Anweisung erlassenen Formular B. 40 Tage vom Pfändungstage an zu betragen hat, bis zum 23. Juni 1900. Am 31. Mai sprach Frau Walter die gepfändeten Gegenstände als ihr Eigentum an. Infolgedessen wurde die Pfändung von Amtes wegen ergänzt, worauf die hiebei anwesende Ehefrau auch an den nachgepfändeten Objekten Eigentumsrecht geltend machte. Als nun am 15. Juni 1900 Herdy das Verwertungsbegehren stellte, erhielt er vom Betreibungsamt den Bescheid, es könne seinem Begehren keine Folge gegeben werden, da sämtliche Pfandgegenstände vindiziert seien. Hiegegen beschwerte sich Herdy mit dem Antrag, das Betreibungsamt zur Anhandnahme seines Verwertungsbegehrens anzuhalten, in der Meinung, daß Frau Walter die Frist zur Geltendmachung ihrer Eigentumsansprache verwirkt habe.

Die Beschwerde wurde verworfen.

Gründe:

Die Ansicht des Beschwerdeführers, es sei die vom Betreibungsamt der Beschwerdegegnerin gemäß Formular B der obgenannten Anweisung angesetzte Frist unstatthaft und es sei demnach der von ihr nachträglich erhobene Eigentumsanspruch verspätet, beruht auf der irrtümlichen Annahme, es gehe aus den Motiven zu Art. 106 des Betreibungsgesetzes wie aus seinem Inhalt unzweideutig hervor, daß solche Ansprüche unmittelbar bei der Pfändung oder bei Empfang der Abschrift der Urkunde zu erheben seien.

Nun besteht aber nach dem Bundesgesetz eine nach Tagen festbestimmte Frist für Eigentums- und Pfandansprachen an gepfändeten Sachen nicht, was schon die Vorschrift in Art. 106 l. 1 zeigt, wonach das Betreibungsamt von einer derartigen Ansprache Vormerkung zu nehmen und sie, „falls die Urkunde bereits zugestellt ist", den Parteien anzuzeigen hat. Noch deutlicher ergiebt sich dies aber aus der Bestimmung in Art. 107 Schlußsatz, wonach ein Dritter, der nicht in die Lage gesetzt wurde, nach Maßgabe der in Art. 106 und 107 enthaltenen Bestimmungen vorzugehen, seinen Anspruch an der gepfändeten Sache oder an deren Erlös, so lange dieser nicht verteilt ist, geltend machen kann.

Die in § 122 der obergerichtlichen Verordnung den Betreibungsbeamten gegebene Anweisung, bei einem Ehemann vorgenommene Pfändungen der Ehefrau anzuzeigen, auch wenn diese bei der Pfändung anwesend war und ihr eine Frist zur Anmeldung von Eigentumsansprachen, analog derjenigen für Geltendmachung von Forderungsrechten, anzusetzen, enthält lediglich eine Ordnungsvorschrift im Interesse einer ordnungs- und sachgemäßen Durchführung der Betreibung.

Die der Beschwerdegegnerin vom Betreibungsamt gemäß Formular B anzusetzende Frist von 40 Tagen war vom Vollzuge der Pfändung — 27. April 1900 — an zu berechnen und ging am 6. Juni zu Ende, — nicht, wie das Betreibungsamt unrichtig berechnete, am 23. gl. Mts. Allein die Beschwerdegegnerin hat ihre Ansprache am 31. Mai 1900 geltend gemacht, also noch vor Ablauf der Frist.

(C. Herdy c. R. Walter, 6. Sept. 1900.)

Der Entscheid wurde vom Schweiz. Bundesgericht, Abt. f. Schuldbetreibung und Konkurs, am 21. Dezember 1900 bestätigt.

II. Pfandverwertung.

Der Gläubiger kann nicht Verwertung der von ihm dem betriebenen Schuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache verlangen, so lange wenigstens, als er nicht auf das Eigentum verzichtet.

A. betrieb den B. für Fr. 63.80 Rp. als Rest des Kaufpreises eines dem letztern unter Eigentumsvorbehalt verkauften Bettes. Auf der Pfändungsurkunde figurierte dieses Bett als einziges Pfandobjekt, dasselbe wurde übrigens ausdrücklich als Eigentum des A. bezeichnet. Ein Anschluß an die Pfändung erfolgte nicht. Als A. die Verwertung des Bettes verlangte, wies das Betreibungsamt das Begehren mit der Begründung zurück, daß ein Gläubiger die Verwertung von Gegenständen, die er als Eigentum anspreche, nicht verlangen könne. Nachdem

inzwischen B. die Eigentums-Ansprache des Gläubigers bestritten hatte, wurde demselben eine zehntägige Frist angesetzt, um die Vindicationsklage anhängig zu machen.

Das Bezirksgericht Zürich I. Abt. wies die von A. gegen die Fristansetzung erhobene Beschwerde ab. A. rekurrierte nun unter Erneuerung des Antrages, daß das Betreibungsamt angewiesen werde, seinem Verwertungsbegehren Folge zu geben. Der Rekurs wurde abgewiesen.

Gründe:

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß die Betreibung die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners bezweckt, daß speziell die Pfändung die Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke des Schuldners behufs Befriedigung des treibenden Gläubigers bildet. (Reichel, Komm. z. Sch. u. K. G., S. 98), daß also lediglich im Eigentum des Schuldners stehende Sachen rechtlich verwertbare Pfändungsobjekte sein können (Entscheid des Obergerichtes vom 3. März 1900, i. S. Surber c. Gläubiger Rusterholz). Sofern der Gläubiger auf sein Eigentum an der zu pfändenden Sache verzichtet hätte, könnte allerdings die Pfändbarkeit letzterer in Frage kommen und würden derselben wenigstens gerichtliche Vorentscheidungen nicht im Wege stehen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle aber nicht gegeben, vielmehr hält der Gläubiger sein Eigentumsrecht fest, er will seine eigene Sache im Verfahren gegen den Rekursgegner verwerten lassen.

Die Behauptung des Rekurrenten, daß niemand ein Interesse daran habe, daß einem Verwertungsbegehren wie dem vorliegenden, nicht Folge geleistet werde, ist kaum richtig. Es liegt auf der Hand, daß der Schuldner sich unter Umständen schlechter stellt, wenn einem solchen Begehren entsprochen wird, als wenn der Gläubiger sein vertragliches Recht auf Rückgabe der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache geltend machen muss.

(22. März 1901, J. Aufricht. c. E. Bär.)

In der oben cit. Sache (Surber contra Gläubiger Rusterholz) war die Pfändung von 12 im Besitz des Schuldners befindlichen Gegenständen verlangt, vom Obergericht aber als unstatthaft erklärt worden, weil die betreffenden Sachen teils vom treibenden Gläubiger, teils von Dritten gemäß Art. 106 Sch. u. K.-G. zu Eigentum angesprochen worden waren. Keine dieser Vindikationen wurde bestritten, und deshalb verloren alle 12 Gegenstände mit dem Ablauf der Bestreitungsfrist die Eigenschaft als Pfändungsobjekte. „Ein Wiederaufheben dieser Eigenschaft kennt das Betreibungsrecht nicht." (Vgl. Weber u. Brüstlein, Comm. z. Sch. u. K.-G. z. Art. 106 Nr. 3 u. § 5 der obergericht. Anweisung v. 16. Jan. 1894 z. Betreibungsgesetz.)

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden *Fr. 6.—.* [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.

In **Vorbereitung** befindet sich die
6. ergänzte Ausgabe des
Amtlichen Schweiz. Ragionenbuches
Handelsregister-Adressbuch der Schweiz.
Annuaire Suisse du Registre de Commerce.
Mit Firmenregister nach Branchen geordnet.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Mai 1901. XX. Band. No. 9.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postställen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteil des Kassationsgerichtes Zürich betr. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes. II. Entscheidungen der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. a) Steuerforderung, b) Erbschaftssteuer. III. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Konkursverfahren, b) Betreibungskosten.

Kassationsgericht des Kts. Zürich.

Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes.

Die Ersitzung begründet originären Rechtserwerb, auch wenn sie sich auf die Eigentumsübertragung eines Handlungsunfähigen bezieht. Priv. G. B. 121. a — Art. 32 Obl. R. bezieht sich nicht auf handlungsunfähige Personen. Genehmigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes ist in Wahrheit Vornahme eines neuen Rechtsgeschäftes und bedarf daher zur Gültigkeit der für dieses vorgeschriebenen Form. — Handlungen einer Partei können nur dann als Genehmigung eines nichtigen Geschäftes interpretiert werden, wenn sie in Kenntnis dieser Nichtigkeit vorgenommen wurden. — Eine Erbin kann den ihren Miterben zustehenden Sohnsvorteil nicht dadurch illusorisch machen, daß sie die ihr zustehende Eigentumsquote an den väterlichen Liegenschaften vor der Erbteilung verkauft. §§ 851 u. 955 Priv. G. B.

Der am 9. März 1892 verstorbene Joh. Pfrunder hatte den 22. Dez. 1891 ein Grundstück zufolge Kaufvertrages dem Baumeister Weilenmann zufertigen lassen und Weilenmann hat es in Besitz genommen, zum Teil weiter veräußert, zum Teil sonst darüber verfügt. Die Erben Pfrunders aus Mannstamm haben nun Klage gegen Weilenmann erhoben mit dem Begehren, daß diese Fertigung wieder zu löschen und der Beklagte, so weit er noch notarialischer Eigentümer der Liegenschaft sei, dieselbe an die Kläger herauszugeben habe. Hiefür stützen sie sich darauf, daß Pfrunder bei der Vornahme der Fertigung geisteskrank, also handlungsunfähig gewesen sei. Weilenmann wendete hiegegen vor allem ein, daß die Erben Pfrunders durch ihr Verhalten die Fertigung bestätigt haben und daher nicht mehr befugt seien, deren Mangelhaftigkeit geltend zu machen, auch selbst angenommen, dieselbe wäre wirklich vorhanden gewesen. Indessen wurde diese Einrede durch Vorurteil des Bezirksgerichtes Zürich verworfen und dieser Entscheid seitens der Appellationskammer am 20. Sept. 1900 bestätigt. Hiegegen hat Weilenmann rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Er verlangt in erster Linie Gutheißung der Einwendung, und eventuell, daß den Klägern höchstens Miteigentum an der streitigen Liegenschaft zuerkannt, demgemäß die Klage

angebrachtermaßen abgewiesen werde. Die Kassationsbeschwerde, welche sich in verschiedenen Punkten auf das Gutachten eines namhaften Juristen berief, wurde jedoch verworfen.

Gründe:

1. Dem angefochtenen Urteil wird vor allem vorgeworfen, es stehe in offenbarem Widerspruch mit §§ 118 und 121 Pr. G. B. sowie mit Art. 32 schweiz. O. R., welcher gemäß § 1089 Pr. G. B. als kantonales Recht zur Anwendung komme.

Der Vorderrichter hat nämlich mit Bezug auf die behauptete Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch die Erben des Pfrunder erklärt: Das von einer keines bewußten Willens fähigen Person abgeschlossene Geschäft sei absolut nichtig und könne daher nicht genehmigt werden; es sei nur möglich, an Stelle desselben ein neues Geschäft zu schließen, dessen Wirkungen erst von diesem neuen Abschluß an zu datieren seien, soweit die Parteien nicht anderweitig sich verständigen, s. B. G. B. § 141 und Rossel Manuel p. 79. Für dieses neue Geschäft aber müssen diejenigen Formen beobachtet werden, welche für das betreffende Geschäft vorgeschrieben seien, im vorliegenden Falle also die schriftliche Form, wenn auch nicht wieder eine alle Elemente des Vertrages enthaltende Urkunde noch auch die Erneuerung der Fertigung notwendig sein würde. So lange nun die Kläger unter Vormundschaft gestanden seien, hätte eine diesfällige Erklärung gemäß § 784 lit. c. Pr. G. B. vom Bezirksrate ausgehen müssen; eine solche sei jedoch nicht erfolgt; und darauf, daß einzelne Mitglieder der Vormundschaftsbehörde haben wissen können oder müssen, daß Pfrunder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit eine Liegenschaft verkauft habe, komme nichts an. Ebensowenig liege aus der Zeit seit eingetretener Volljährigkeit der Kläger eine diesfällige von ihnen oder ihrem Bevollmächtigten ausgestellte Erklärung vor.

Die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet nun, und das ihr beigegebene Rechtsgutachten führt weiter aus, die Annahme absoluter Nichtigkeit einer von einem Geisteskranken vorgenommenen notar. Fertigung, einer Nichtigkeit, welche ausschließe, daß diese Fertigung durch nachträgliche Genehmigung des gesund Gewordenen vollgültig werden könne, verstoße gegen die angeführten Gesetzesbestimmungen, nach denen ja eine solche Fertigung durch Ersitzung rechtsgültig werde, und der angerufene Art. 32 O. R. bestimme direkt das Gegenteil. Das Gutachten findet in dem Urteil einen offenbaren Widerspruch mit der klaren Bestimmung des § 121 litt. a. Pr. G. B., nach welchem der Umstand, daß ein Rechtsgeschäft von einem Geisteskranken vorgenommen worden sei, dieses Geschäft keineswegs nichtig, sondern nur anfechtbar mache. Denn der unumstößliche Beweis dafür, daß eine von einem Handlungsunfähigen vorgenommene Fertigung konvalescieren könne, also nicht nichtig sei, liege in der Möglichkeit, daß auf eine solche Fertigung hin die Ersitzung, also die Heilung des Konstitutionsfehlers eintrete.

2. Allein diese Ansicht ist rechtsirrtümlich. Die Ersitzung überhaupt und so auch die Ersitzung des § 121 Pr. G. B. ist keineswegs die Heilung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes, sondern lediglich die Erhebung eines vielleicht rechtmäßigen, vielleicht rechtswidrigen Thatbestandes zu einem klar rechtmäßigen, über welchen nicht mehr gestritten werden kann, darum stets ein ursprünglicher und kein abgeleiteter Rechtserwerb, ein Rechtserwerb nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Ablauf der Dauer eines gewissen Thatbestandes. (Vgl. Gaj. l. 1 Dig. de usurp. 41,3, Nerat l. 5 Dig. pro suo 41,10.) Das ist auch die Ansicht gerade derjenigen Pandektisten, welche das Gutachten als Autoritäten anruft: Windscheid, Pand. 7. Aufl. Bd. I § 175 A. 4; Dernburg Pand. Sachenrecht § 219 d. 6. Aufl. Ist aber dies richtig, so kann in dem Umstande, daß der rechtmäßige und gutgläubige Besitzer eines Grundstückes trotz mangelhafter Fertigung nach Ablauf von 10 Jahren einen Rechtsgrund zum Eigentumserwerb hat (§ 122 Pr. G. B.) nicht ein Beweis dafür gefunden werden, daß s. Z. die mangelhafte Fertigung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar

gewesen sei. Und in der That wird man billig fragen müssen: Wenn nicht einmal das von einem Geisteskranken, Willensunfähigen, anscheinend vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig ist, welches Rechtsgeschäft soll denn nichtig sein? Die Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte ist denn auch in Theorie und Praxis ganz allgemein und widerspruchslos angenommen, (Dernburg das. Bd. I S. 228 A. 4; Windscheid das. Bd. I § 71; Gaj. l. 1 § 12 Dig. de obl. et act. 44,7 furiosum nihil agere natura manifestum est.) Dem allein entspricht auch die Bezeichnung des Geisteskranken als eines geradezu Handlungsunfähigen.

Indem das Gutachten den Unterschied zwischen nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäften für rein willkürlich und positiv rechtlich erklärt, verkennt es das Wesen dieses Unterschiedes. Im ersteren Falle liegt nämlich überhaupt kein verbindliches Geschäft vor; im letzteren aber ist ein an sich zu Recht bestehendes Geschäft vorhanden, welchem aber die Befugnis des einen Contrahenten gegenüber steht, es umzustoßen. Niemand wird nun sagen, daß ein von einem geistig nicht Handlungsfähigen vorgenommener Willensakt ein an sich zu Recht bestehendes Geschäft sei.

3. Es wird ferner in der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, daß das angefochtene Urteil gegen den klaren Wortlaut des Art. 32 Abs. 1. O. R. verstoße, indem es für die Genehmigung des über eine Liegenschaft geschlossenen Kaufvertrages als ein in Wahrheit neues Veräußerungsgeschäft die schriftliche Form verlange; nach diesem Artikel könne ja ein von einem Handlungsunfähigen geschlossenes Geschäft auch von dem inzwischen handlungsfähig Gewordenen selbst genehmigt werden, wofür zweifellos ein Formalakt nicht notwendig sei.

Allein es kann nicht mit Recht gesagt werden, daß dieser Artikel sich offenbar auch auf die gänzlich vertragsunfähigen Personen beziehe. Im Gegenteil ist folgendes zu beachten: Art. 30 sagt, Minderjährige und Volljährige, soweit deren Vertragsfähigkeit aufgehoben sei, können nur mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter Rechte aufgeben oder Verpflichtungen übernehmen; und Art 32 spricht von dem Vertrag, welcher ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden sei, während Art. 31 von den „gänzlich vertragsunfähigen", des Vernunftgebrauches beraubten Personen spricht. Es konnte nun der Vorderrichter gar wohl davon ausgehen, daß Art 32 sich nur auf die in Art. 30 erwähnten Personen mit beschränkter Handlungsfähigkeit, die der Einwilligung eines Vertreters zu ihrem Geschäft bedürfen, beziehe, und nicht auch auf die in Art. 31 erwähnten gänzlich Handlungsunfähigen. Wenn also der Richter im vorliegenden Falle, wo es sich um ein von einem gänzlich Vertragsunfähigen versuchtes Geschäft handelt, den Art. 32 nicht zur Anwendung gebracht hätte, so hätte er sicherlich nicht gegen klares Recht verstoßen.

Allein auch abgesehen davon handelt der Vorderrichter nicht gegen klares Recht, indem er sagt, daß die Genehmigung (Bestätigung) eines nichtigen Geschäftes in Wahrheit ein neues Geschäft sei und dessen Voraussetzungen entsprechen müsse und auf § 141 B. G. B. Deutschlands verweist. Das Gutachten behauptet zwar, das Gegenteil sei gemeines Recht, und verweist dafür auf Windscheid, Dernburg, v. Buchka, und Entscheidungen des Reichsgerichtes (Civ. S. B. 27 Nr. 39) und des obersten Landgerichtes für Bayern (Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 238). Indessen muß die Frage, wie sich dies nach dem gemeinen Recht verhalte, hier unerörtert bleiben. Es muß genügen, darauf hinzuweisen, daß die vom Gutachten ausgesprochene Ansicht im gemeinen Recht nicht unwidersprochen ist. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Regelsberger Pand. 1893 p. 639, Seuffert, Ratihabition p. 122 und Zimmermann Stellvertr. neg. gestio p. 215. Und auch Dernburg selbst (Pand. 6. Aufl. § 122 A. 5) und das Reichsgericht (a. a. O. S. 163) erklären, daß nach der Logik die rückwirkende Kraft der Bestätigung eines nichtigen Geschäftes zu verneinen sei, fügen aber hinzu, sie sei doch gemeines Recht, weil der Kaiser Justinian in l. 25 Cod. de D. J. V. et U. 5,16 sie eben vorgeschrieben habe. Daß

nun der zürcherische Richter sich nicht an den unlogischen Willen eines byzantinischen Kaisers gehalten hat, ist ihm doch kaum zum Vorwurf zu machen.

Entscheidend ist indessen nun, ob das Urteil des Vorderrichters mit Art. 32 O. R., gesetzt er komme überhaupt zur Anwendung, in Widerspruch stehe, und das muß verneint werden. Der Vorderrichter bestreitet nicht, daß ein von einem Handlungsunfähigen geschlossenes Geschäft durch den dasselbe Abschließenden, nachdem er handlungsfähig geworden, zur Wirkung gebracht werden könne, und das allein ist das Entscheidende. Ob diese zweite Handlung lediglich als eine Vervollständigung des nichtigen ersten Geschäfts, oder als Wiederholung desselben in gültiger Weise zu betrachten sei, das ist eine dogmatische Frage, welche Sache der Wissenschaft, nicht des Gesetzgebers ist. Der Vorderrichter bestreitet auch nicht, daß die vorliegende nichtige Fertigung hätte zu Kräften gebracht werden können, aber er sagt, daß, weil es sich um ein Rechtsgeschäft über Liegenschaften handle, dies in schriftlicher Form hätte geschehen müssen; und da der Art. 32 O. R. sich über die Art der Vornahme der Genehmigung und ihre Form gar nicht ausspricht, kann auch nicht gesagt werden, daß dieser Entscheid dem klaren Wortlaut des Art. 32 widerspreche. Im Gegenteil hat das schweiz. O. R. Verträge über Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken dem kantonalen Rechte überlassen (Art. 11 O. R.), also ist auch die Genehmigung solcher Verträge Sache kantonalen Rechtes; nach diesem aber sind diese Geschäfte nur insofern gültig, als sie schriftlich abgefaßt sind (§ 414 Pr. G. B.), und da das schweiz. O. R. für dieselben nur insoweit gilt, als das zürch. Pr. G. B. darüber keine besonderen Bestimmungen enthält (§ 1089 das.), so ist diesfalls auch jetzt noch das zürch. Recht entscheidend.

4. Wenn man indessen darüber auch anderer Ansicht sein sollte, so müßte doch die Ansicht des Vorderrichters, daß eine rechtsgültige Genehmigung nicht vorliege, aus folgendem Grunde geteilt werden:

Von einer Genehmigung oder Bestätigung des eigenen nichtigen Geschäfts durch den nach dessen Abschluß handlungsfähig Gewordenen bezw. den Erben des Handlungsunfähigen kann nur dann die Rede sein, wenn der Betreffende dem Mitkontrahenten gegenüber mit dem Bewußtsein davon, daß sein Geschäft nichtig war, die Erklärung abgiebt, daß er dasselbe gleichwohl wie ein rechtsgültiges gehalten wissen und für und gegen sich gelten lassen wolle. Dagegen liegt eine Genehmigung oder Bestätigung dann nicht vor, wenn der Betreffende, von der Meinung ausgehend, daß sein oder seines Erblassers Rechtsgeschäft rechtsgültig geschlossen worden sei, Verfügungen trifft, welche Konsequenzen aus dem Geschäfte ziehen. Der Vorderrichter hat nun in zutreffender Weise ausgeführt, daß irgendwelche Erklärungen der erstern Art von Seite der klagenden Pfrunderschen Erben nicht vorliegen. Da es sich nicht, wie das Gutachten annimmt, um ein bloß anfechtbares Rechtsgeschäft handelt, so kann auch nicht, wie dasselbe meint, genügen, daß Handlungen oder Unterlassungen der Kläger oder ihres Vormundes vorliegen, welche keine andere Deutung zulassen als die, daß die Kläger eine Anfechtung nicht vornehmen wollen.

5. Das Rechtsgutachten führt ferner aus, daß, wenn auch die Fertigung an einer unheilbaren Nichtigkeit gelitten haben sollte, doch durch die Handlungsweise der Kläger, durch vorbehaltlose Annahme von Zahlungen, Führung von Prozessen, zu welchen sie nur dann legitimiert waren, wenn sie die jetzt bestrittene Rechtsstellung für sich in Anspruch nehmen wollten u. dgl. m. ihre Befugnis, sich auf die Nichtigkeit des Geschäftes zu berufen, ausgeschlossen sei, wie das in einem ähnlichen Fall das Oberlandesgericht zu Braunschweig, Seuff. Arch., Bd. 39 Nr. 288 gefunden habe. Abgesehen jedoch davon, daß in jenem Falle das Gericht gerade die Überzeugung gewonnen hatte, daß die Erben im Bewußtsein der Handlungsunfähigkeit des Erblassers oder doch wenigstens im Zweifel über dieselbe dem Mitkontrahenten gegenüber das Geschäft als rechtsgültig behandelt hatten, hat der Vorderrichter einen solchen Schluß im vorliegenden Falle abgelehnt, und es steht

darüber diesseitiger Instanz eine Überprüfung nicht zu.

6. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt ferner: die aktengemäße Thatsache, daß schriftliche Erklärungen seitens eines Vertreters der Kläger aus der Zeit nach eingetretener Volljährigkeit vorliegen, die als eine Bestätigung des ursprünglich nichtigen Rechtsgeschäftes gedeutet werden müssen, werde vom Vorderrichter gar nicht erwähnt. In Akt. 41—43 habe Notar K. noch am 7. Jan. 1896, am 2. Jan. 1897 und am 6. Dez. 1897 dem Weilenmann den Empfang von 2 Jahreszinsen des Kaufschuldbriefes und einer Kapitalrate für Rechnung der Erben Pfrunder quittiert und gleichzeitig die dementsprechende Pfandentlassung vorgenommen. K. sei amtlich ernannter Güterverwalter gewesen. Entweder habe der Vorderrichter diese seine Kaufbestätigungshandlungen einfach übersehen — dann treffen die Nichtigkeitsgründe des § 704 Ziff. 6 u. 7 zu —, oder er habe sie als unerheblich angesehen, weil K. nach seiner Ansicht nicht Vertreter der Kläger gewesen sei und keine Vollmacht zu jenen Handlungen gehabt habe — dann werde aktenwidriger Weise erklärt, der Beweis einer schriftl. Genehmigung des Kaufvertrages seitens eines Vertreters der Kläger liege nicht vor, und treffen die Nichtigkeitsgründe des § 704 Ziff. 7 u. 9 zu; es werde dann entgegen dem klaren Wortlaut des § 927 Pr. G.-B. und des Art. 36 O.-R. angenommen, der auf Antrag des Vormundes der Kläger selbst ernannte und mit dem Inkasso betraute Güterverwalter sei nicht ihr Vertreter gewesen, aus seinen Quittungen und Pfandentlassungen seien keine Verbindlichkeiten für sie entstanden und könne nichts gegen sie hergeleitet werden; anderseits würde die Annahme, K. sei nicht mit dem Inkasso und den Pfandentlassungen beauftragt gewesen, aktenwidrig sein.

Allein nach dem oben in Erw. 4 Gesagten braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, daß auch diese von K. namens der Kläger schriftlich angenommenen Rechtsgeschäfte nicht als eine schriftliche Genehmigung oder Bestätigung der nichtigen Fertigung angesehen werden können. Es kann sich nur fragen, ob sie Handlungen darstellen, aus denen auf den Willen der Genehmigung zu schließen wäre, nicht aber würden sie die notwendige schriftliche Form des Genehmigungswillens selbst enthalten. Es hat somit auch die Unterlassung ihrer Erwähnung im Urteil des Vorderrichters keine Nichtigkeit zur Folge.

7. Weiter wird es als eine aktenwidrige Annahme des Vorderrichters erklärt, daß derselbe sagt, in der Vollziehung eines anfechtbaren Kaufes durch den Verkäufer könne allerdings ein Verzicht auf dessen Anfechtung liegen, allein in dieser Richtung liege nichts weiter vor, als daß der Vormund den Käufer zur Zinszahlung an K. gewiesen und die Kläger von diesem ihre Erträgnisse aus der Erbschaft erhalten haben, was nicht Akte gegenüber dem Käufer seien. Es sei nämlich dabei übersehen, daß K. als amtlich bestellter Vertreter der Erben gehandelt habe, und daß der Kaufvertrag seit 1892 auch in allen andern Punkten von den Klägern fortwährend vollzogen worden sei. Ferner liege darin der Nichtigkeitsgrund des Widerspruchs mit dem klaren Rechte des Art. 36 O.-R., nach welchem die Kläger durch die Handlungen ihrer Vertreter direkt gegenüber dem Käufer verpflichtet worden seien.

Allein auch hierüber ist lediglich auf das oben Erw. 4 Gesagte zu verweisen.

8. Endlich erklärt die Nichtigkeitsbeschwerde auch die Erw. 2 des angefochtenen Urteils als im Widerspruch mit klarem Rechte stehend. Hier hat der Vorderrichter folgendes ausgeführt:

Der Beklagte suche geltend zu machen, daß den Klägern als bloßen Miteigentümern hinsichtlich des vindizierten Grundstückes (die Miterbin Anna Pfrunder hat sich nämlich der Klage nicht angeschlossen) die sachliche Legitimation fehle, und darum die Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei. Allein so weit die Klage darauf gerichtet sei, festzustellen, daß der Kaufvertrag vom 25. November 1891 an Nichtigkeit leide, sei jeder, der ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung habe, also auch der bloße Miteigentümer am Kaufsobjekt, zur Klage legitimiert; und

bei deren Gutheißung sei auch der bloße Miteigentümer berechtigt, zu verlangen, daß die auf den Kaufvertrag gegründete Fertigung gelöscht werde. Ein Recht, zu verlangen, daß die Fertigung mit Bezug auf den der Anna Pfrunder zugefallenen Bruchteil des Eigentums aufrecht erhalten bleibe, könnte höchstens dieser Erbin des Verkäufers gegenüber geltend gemacht werden. Da jedoch die Kläger als Nachkommen des Sohnes des Erblassers gemäß §§ 851, 860 und 955 Pr. G.-B. das Vorrecht auf die Liegenschaften haben, so könnte auch die Anna Pfrunder nicht mehr über ihren Anteil zu Gunsten des Beklagten verfügen. So lange die Erbschaft noch nicht verteilt sei, können die Kläger dieses Vorrecht immer noch geltend machen, zumal die Liegenschaft ja bis dahin nicht als Bestandteil der Pfrunderschen Verlassenschaft behandelt worden sei, vielmehr erst durch den gegenwärtigen Prozeß für dieselbe erstritten werden solle.

Hiezu bemerkt die Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz übersehe, daß die Kläger ihre Sohnsvorteilsansprüche erst geltend gemacht haben, nachdem die Anna Pfrunder den Kauf durch schlüssige Handlungen genehmigt habe; so lange sie aber den Besitz des Grundstückes nicht nach § 955 beansprucht haben, kommen die §§ 954, 956 und 109 Pr. G.-B. zur Anwendung. Nach diesen §§ sei die Anna Pfrunder im Falle der Nichtigkeit des Kaufes ipso jure Miteigentümerin der Liegenschaft geworden, und habe auch ihr Miteigentumsrecht durch Genehmigung des Kaufes an den Beklagten wirksam übertragen. Es liege also offenbarer Widerspruch mit den genannten §§ vor.

Allein auch diese Argumentation ist hinfällig. Eine Miterbin kann den ihrem Miterben zustehenden Sohnsanteil nicht dadurch illusorisch machen, daß sie die ihr zustehende Eigentumsquote an der väterlichen Liegenschaft verkauft; sondern wenn sie sie verkauft, so kann dies nur geschehen vorbehältlich des Rechtes des Miterben, sie zum gesetzlich ermittelten Schatzungswerte an sich zu ziehen. Übrigens macht der Vorderrichter mit Recht darauf aufmerksam, daß es sich ja zurzeit nur um eine negative Feststellungsklage handelt: Kauf und Fertigung vom Jahr 1891 sollen als von einem Geisteskranken vorgenommen ungültig erklärt werden; das diesfällige Begehren zweier Erben des Geisteskranken ist nicht unrichtig angebracht. Die Feststellung ist entgegen den Einwendungen des Beklagten erfolgt, diese Einwendungen sind abgewiesen worden. Was für Konsequenzen hieraus zu ziehen sein werden, und wie es sich gegenüber der Anna Pfrunder verhalte, bleibt künftigen Entscheiden vorbehalten.

(Weilenmann c. Geschw. Pfrunder 18. Febr. 1901.)

Obergericht des Kts. Zürich.

Appellationskammer.

I. Steuerforderung.

Den Gerichten steht das Recht der Überprüfung einer auf gesetzlicher Weise durch die Steuerbehörden erfolgten Einkommens- und Vermögenstaxation nicht zu.

1. Im Konkurse des A. Boller in Zürich II meldete das Steuerbureau der Stadt Zürich eine Steuerforderung von Fr. 7580. 60 Cts. für vom Kridaren geschuldete Staats- und Gemeindesteuern für die Jahre 1898 und 1899, sowie für die erste Hälfte von 1899 an. Nachträglich wurde die Forderung auf Fr. 5732. 20 Cts. reduziert, indem der auf die erste Hälfte von 1899 entfallende Steuerbetrag von Fr. 1846. 90 Cts. fallen gelassen wurde. Das Konkursamt bestritt die Ansprache auch in dem reduzierten Betrage. Dieselbe wurde jedoch durch Erkenntnis des Einzelrichters in beschleunigtem Verfahren vom 30. Oktober 1900 gutgeheißen.

2. Der von der Konkursmasse hiegegen erhobene Rekurs muß als unbegründet erklärt und daher abgewiesen werden. — Es ist unbestritten, daß die vom Rekursgegner geforderten Steuerbeträge auf der in gesetzlicher Weise — durch die städtische Steuerkommission — erfolgten Vermögens- und Einkommen-Taxation des Boller beruhen, und daß letzterer gegen diese Taxation keines der im Steuergesetze dem Pflichti-

gen eingeräumten Rechtsmittel ergriffen hat. Damit war aber — gemäß § 22 Abs. 3 des Staatssteuergesetzes — die Steuertaxation von ihm anerkannt, und dem Staat bzw. der Gemeinde ein rechtskräftiger Steueranspruch an denselben — nach Maßgabe des jeweilig festgesetzten Steuerfußes — erwachsen (vgl. R. Ber. 1894 Nr. 368). Nach feststehender Praxis steht den Gerichten das Recht einer Überprüfung darüber, ob die Steuertaxation richtig sei, nicht zu, sondern es können Einsprachen gegen dieselbe nur auf dem Wege des im Steuergesetze selbst geregelten Verfahrens (mittelst Berufung auf die Rekurs,- oder Schätzungs- bezw. Experten- Kommission) geltend gemacht werden (vgl. H. E. XIV S. 78, 79 und 177 f.). Dies gilt, wie in neuerer Zeit sowohl vom Obergericht als vom Kassationsgericht (im Gegensatz zu dessen im R. Ber. v. 1884 Nr. 147 abgedruckten Entscheid) anerkannt worden ist, nicht nur für die Staatssteuern, sondern auch für die auf dem Staatssteuerregister beruhenden Gemeindesteuern (vgl. die bereits citierten Entscheide in H. E. Bd. XIV und R. Ber. 1896 Nr. 227).

3. Darnach kann aber die Konkursmasse mit ihrer Bestreitung der vom Rekursgegner angemeldeten Steuerforderung im Prozeßwege nicht mehr gehört werden, selbst wenn Gründe für eine Revision der seinerzeit stattgefundenen Steuertaxation vorliegen würden. Sie hätte sich vielmehr auch mit einem Revisionsbegehren an die zur Vornahme der Taxation einzig kompetenten Steuerbehörden zu wenden. Nur in dem Falle, wo die von den letztern festgesetzte Steuertaxation an Nichtigkeit leidet, könnte der geltend gemachten Steuerforderung eine Einrede entgegengehalten werden (vgl. R. Ber. 1898 Nr. 222, H. E. XVII S. 167 Erw. 3).

4. Solche Nichtigkeitsgründe liegen hier aber offenbar nicht vor. Die Behauptung, daß die Taxation der Wirklichkeit nicht entspreche, d. h. daß der Kridar schon zur Zeit derselben das ihm zugeschriebene Vermögen und Einkommen nicht besessen habe, im Gegenteil schon damals überschuldet gewesen sei, begründet eine solche Nichtigkeit noch nicht; denn unser Steuertaxationsverfahren beruht ja zunächst wenigstens nicht auf einer thatsächlichen Feststellung und Ermittlung der effektiven Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Pflichtigen (die etwa wegen „aktenwidriger Annahme“ angefochten werden könnte), sondern vielmehr wie schon der Name besagt, auf einer approximativen Einschätzung derselben, wobei die eigenen Angaben des Pflichtigen (die Selbsttaxation) in erster Linie maßgebend sind. Entspricht die Taxation den letztern, oder bleibt sie sonst seitens des Pflichtigen unbeanstandet, so ist damit der Umfang seiner Steuerpflicht im Administrativverfahren endgültig festgestellt. Eine Verletzung der §§ 6 und 7 des Staatssteuergesetzes kommt sonach nicht mehr in Frage; auch ist klar, daß hiebei weder von einem Schenkungsversprechen, noch von ungerechtfertigter Bereicherung, noch von einer Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger die Rede sein kann, da in der Nichtergreifung eines Rechtsmittels nicht ein die Schuldpflicht erst begründendes Rechtsgeschäft zu erblicken ist, vielmehr infolge derselben der vom Staate einseitig, Kraft seiner Steuerhoheit, erhobene Steueranspruch lediglich in Rechtskraft erwachsen ist, gerade so, wie wenn gegen ein gerichtliches Urteil die Ergreifung eines Rechtsmittels aus Absicht oder Säumnis der betreffenden Partei unterbleibt. —

(Konkursmasse Boller c. Stadt Zürich, 31. Dezember 1900 — B.)

II. Erbschaftssteuer.

Die Erbschaftssteuerpflicht nach § 1 des zürch. Erbschaftssteuergesetzes ist dann begründet, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes im Kanton gewohnt hat, auch wenn der Nachlaß ganz oder zum Teil außerhalb des Kantons liegt.

Am 27. Oktober 1897 starb in Zürich C. C. Diggelmann und hinterließ als Intestaterben einen Bruder Hermann Diggelmann in Zürich und einen Neffen Hermann Vogel in New-York. Der Erblasser hatte bisher ein Vermögen von Fr. 500,000 versteuert. Die Steuerbehörden verlangten von den Erben

die Vorlegung eines förmlichen Inventars über den Nachlaß des Verstorbenen, konnten aber ein solches nicht erhalten, wohl aber vereinzelte Angaben auf Grund welcher das erbschaftssteuerpflichtige Vermögen auf Fr. 1,085,040 festgesetzt wurde. Nunmehr verlangte die Finanzdirektion von dem hier wohnenden Hermann Diggelmann, bezw., da derselbe inzwischen verstorben war, von dessen Nachkommen eine Erbschaftssteuer von Fr. 32,550, worin auch der Anteil des Hermann Vogel inbegriffen war. Die Erben des Hermann Diggelmann anerkannten und bezahlten die sie treffende Hälfte dieser Summe, bestritten aber die Zahlungspflicht hinsichtlich der auf Vogel fallenden Quote, indem sie die Solidarhaft nicht anerkannten und zudem geltend machten, das Vermögen des C. C. Diggelmann sei nie im Gebiete des Kantons Zürich gelegen, sondern in Amerika angelegt gewesen und dort verwaltet worden; auch habe schon im Jahre 1895 der Erblasser mit seinem Neffen Hermann Vogel in rechtsgültiger Form ein Übereinkommen getroffen, wonach beim Tode des einen oder andern das Vermögen des Verstorbenen ins Eigentum des Überlebenden übergehen soll. Die Erben des Hermann Diggelmann verlangten nun mit der vorliegenden Klage, daß der Anspruch der Finanzdirektion, soweit er die von ihnen bezahlten Fr. 16,225 übersteige, für unbegründet erklärt werde.

Das Bezirksgericht Zürich hieß die Klage gut, die Appellationskammer wies sie dagegen ab und verpflichtete die Kläger zur Bezahlung der gesamten Erbschaftssteuer von Fr. 32,550.

Gründe:

1. Nachdem die Kläger anerkannt haben, daß sie für den auf ihren verstorbenen Vater gefallenen Anteil an dem Nachlasse des Karl Diggelmann erbschaftssteuerpflichtig seien, ist lediglich noch streitig, ob die Steuerpflicht auch für die dem Hermann Vogel zugefallene Quote bestehe, eventuell ob die Kläger für die Schuld des letztern solidarisch haften.

Das Erbschaftssteuergesetz giebt eine direkte Antwort darauf, welche Verlassenschaften und welche Teile von solchen der Erbschaftssteuer unterliegen, nicht; es begnügt sich, in § 1 vorzuschreiben, daß von allen im Kanton Zürich fällig werdenden Erbschaften und Vermächtnissen eine Erbschaftssteuer erhoben werde, ohne gleichzeitig anzugeben, unter welchen Voraussetzungen eine Erbschaft als im Kanton Zürich fällig geworden anzusehen sei, und die Fassung des Gesetzes ist insofern vieldeutig, als sowohl das Domizil des Erblassers zur Zeit seines Todes, wie auch der Ort, wo die Erbschaft liegt, und der Wohnort der Erben bestimmend sein kann. In der That giebt es Staaten, die von einem Nachlaß nur dann eine Erbschaftssteuer erheben, wenn er in ihrem Gebiete liegt, in diesem Falle aber auch, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes im Auslande gewohnt hat.

Im Kanton Zürich hat aber nie ein Zweifel darüber bestanden, daß die Erbschaftssteuerpflicht dann begründet sei, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes im Kanton gewohnt habe.

Offenbar sind die Behörden bei der Auslegung des Steuergesetzes von privatrechtlichen Anschauungen beeinflußt gewesen. Wenn das Statut des Erblassers maßgebend ist für die Frage seiner Beerbung und sein Wohnsitz entscheidend für den Gerichtsstand bei Streitigkeiten über noch unverteilte Erbschaften, so lag es in der That außerordentlich nahe, die Voraussetzungen für die Erbschaftssteuerpflicht nach den beim Erblasser bestehenden Verhältnissen, nicht nach denen der Erben, oder nach der Lage der Erbschaft zu bestimmen. Sicherlich entsprach diese Auffassung auch der Meinung des Gesetzes. Eine Erbschaft fällt an durch den Tod des Erblassers; da wo er wohnt, ist der Erbfall eingetreten; dagegen würde man kaum von einer im Kanton Zürich fällig gewordenen Erbschaft sprechen, wenn bloß der Erbe zur Zeit des Erbanfalls im Kanton wohnt, oder wenn die Erbschaft ganz oder teilweise im Kanton liegt, der Erblasser aber zur Zeit seines Todes seinen ordentlichen Wohnsitz im Ausland gehabt hat. Auch der Wortlaut des Gesetzes, wenn er auch, wie bereits bemerkt, nicht entscheidend ist, spricht sonach jedenfalls nicht für die

Auffassung, daß für die Steuerpflicht der Wohnsitz der Erben oder die örtliche Lage der Erbschaft maßgebend sein sollte.

Die Ansicht der ersten Instanz, daß der Wohnsitz des Erblassers für die Erbschaftssteuerpflicht nicht entscheidend sei, sondern daß entweder der Erbe oder die ihm angefallene Erbschaftsquote selbst territorial der hiesigen Steuergewalt unterstehen müsse, mag de lege ferenda diskutierbar sein; dem positiven Gesetz gegenüber fehlt es ihr an jeder Grundlage. Hätte der Gesetzgeber die ihm von der ersten Instanz inputierte Auffassung gehabt, so hätte er sich jedenfalls anders und bestimmter ausdrücken müssen. Indem er sich aber begnügte, die im Kanton fällig werdenden Erbschaften für steuerpflichtig zu erklären, hat er den gewählten Ausdruck in dem Sinne gebraucht, der gemeiniglich damit verbunden wird, also unter dem Fälligwerden einer Erbschaft im Kanton Zürich den durch den im Kanton Zürich erfolgten Tod des Erblassers herbeigeführten Erbfall, oder vielmehr, da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf den zufälligen Sterbeort nichts ankommt, den Erbfall verstanden, der durch den Tod einer im Kanton Zürich wohnhaften Person herbeigeführt worden ist.

Daß der Ort, wo sich die Erbschaft befindet, soweit es sich nicht um Grundstücke handelt, die in allen Beziehungen der Territorialhoheit unterliegen, nicht in Betracht kommen kann, dürfte sich schon daraus ergeben, daß das zürcherische Erbschaftssteuergesetz auch die im Kanton Zürich fällig werdenden Vermächtnisse der Steuer unterwirft, ohne hinsichtlich der Voraussetzungen der Steuerpflicht für sie besondere Vorschriften aufzustellen, so daß alles, was für die Erben gilt, auch auf die Vermächtnisnehmer Anwendung findet. Nun ist wohl klar, daß im Verhältnis des Staates zu dem steuerpflichtigen Vermächtnisnehmer der Ort, wo sich der Gegenstand des Vermächtnisses befindet, absolut keine Rolle spielen kann; denn der Vermächtnisnehmer hat nur einen persönlichen Anspruch an die Erben, nicht ein dingliches Recht am Gegenstand des Vermächtnisses. Da nun das Gesetz den Ausdruck „fällig werden“ unterschiedslos für Erbschaften und Vermächtnisse gebraucht, und angenommen werden muß, das sei hinsichtlich beider Erwerbstitel im nämlichen Sinne verstanden, bei Vermächtnissen aber der Ort, wo der Gegenstand des Vermächtnisses liegt, bedeutungslos ist, so folgt hieraus, daß nach der Meinung des Gesetzes auch die Erbschaften nicht da fällig werden, wo sie sich zufällig befinden.

Eher noch als der Ort, wo die Erbschaft liegt, könnte der Wohnort der Erben oder Vermächtnisnehmer für die Steuerpflicht bestimmend sein, da, wie die erste Instanz richtig ausgeführt hat, die Steuer nicht auf der Verlassenschaft als solcher ruht, sondern eine Schuld des Erben oder Bedachten ist. Trotzdem ist nirgends die Steuerpflicht vom Wohnsitz der Erben in dem die Steuer beanspruchenden Staate abhängig gemacht, höchst wahrscheinlich aus praktischen Gründen, weil dem Staate alle Mittel fehlen, um irgendeine Kontrolle in dieser Richtung auszuüben. Um so weniger ist anzunehmen, daß beim Mangel jeglicher Bestimmungen in dieser Richtung für das zürcherische Erbschaftssteuergesetz der Wohnort der Erben irgendwie habe in Betracht kommen sollen.

2. Ist demgemäß die Frage, ob auch der Anteil des Hermann Vogel an dem Nachlaß der Erbschaftssteuer unterliege, zu bejahen, so ist weiter zu untersuchen, ob die Kläger für den betreffenden Steuerbetrag solidarisch haften. Der darauf gerichtete Anspruch des Beklagten stützt sich auf den § 6 des Erbschaftssteuergesetzes, gegen dessen Anwendung sich die Kläger mit der Behauptung wenden, daß, was Vogel von dem Vermögen des Erblassers in Händen habe, ihm bei Lebzeiten desselben geschenkt worden sei und daß sonach gemäß § 8 Abs. 2 ibidem die Solidarhaft der übrigen Erben wegfalle.

Es kann aber von einer Schenkung keine Rede sein.

Die Kläger können sich für ihre Behauptung auf nichts weiter berufen, als darauf, daß der Erblasser anläßlich seines vorübergehenden Aufenthaltes in New-York im Mai 1895 das Bankhaus Iselin & Cie. anwies, alle Werte, die er bei diesem Hause auf seinen zwei Rechnungen habe, auf die Namen „Karl Diggelmann von Zürich und

Hermann Vogel von New-York oder Überlebenden (or survivor) zu übertragen, daß sie aber im übrigen ferner nach seinen Instruktionen verfahren sollten. Von dieser Verfügung haben Iselin & Cie. am 6. April 1898, also nach dem Tode des Erblassers dem Hermann Vogel Mitteilung gemacht. Veranlassung und Zweck dieser Anweisung sind nicht genügend festgestellt. Allein es dürfte ohne weiteres klar sein, daß hierin eine Vermögensabtretung an Hermann Vogel nicht liegt. Einmal ist die Übertragung auf beider Namen, nicht auf den alleinigen Namen des Hermann Vogel erfolgt; sodann hat sich der Erblasser selbst weitere Anweisungen vorbehalten, was mit der Annahme, der Erblasser habe sich zu gunsten des Hermann Vogel aller der bezüglichen Titel entäußern wollen, durchaus unverträglich ist. Aber selbst wenn dem H. Vogel die unbeschränkte Disposition über die Titel eingeräumt worden wäre, so würde das kein Beweis für eine unentgeltliche Vermögensabtretung sein, für welche auch gar keine Veranlassung ersichtlich wäre. Offenbar hat es sich hier um nichts weiteres, als um eine Vollmacht an H. Vogel gehandelt, die betreffenden Titel zurückzuziehen, wenn dem C. Diggelmann die Verfügung darüber selbst nicht mehr möglich sein würde, also um eine Anordnung für den Todesfall, zum Zwecke, die Schwierigkeiten, die der Verfügung über die deponierten Werte durch die berechtigten Erben entgegenstunden, zu beseitigen. Daraus, daß es nur eine Anordnung auf den Todesfall sein sollte, erklärt es sich dann auch, daß Iselin & Cie. dem Hermann Vogel erst nach dem Tode des Erblassers von dieser Maßnahme Kenntnis gegeben haben; hätte es sich um eine Vermögensabtretung gehandelt, so wäre es ganz unverständlich, daß die Mitteilung hievon an den angeblich Beschenkten erst nach drei Jahren erfolgte.

Hermann Vogel ist mithin als Erbe, nicht als Schenkungsnehmer, steuerpflichtig und daher die Solidarhaft der Kläger begründet.

(Finanzdirektion c. Erben Diggelmann 20. März 1901 — U.)

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs.

I. Konkursverfahren.

Konkurs über ein sich durch zwei Kantone erstreckendes Elektricitätswerk. Einheit des Konkurses, Art. 250 Sch.- u. K.-G. Örtliche Kompetenz für Kollokationsstreitigkeiten.

Das in Konkurs geratene Elektricitätswerk Spreitenbach (Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich) hat im Jahre 1895 für ein durch die Aarg. Kreditanstalt vermitteltes Anleihen von Fr. 450,000 ein Grundpfandrecht an seinen im Gebiete des Kantons Aargau gelegenen Liegenschaften und Fabrikeinrichtungen errichtet. Mitverpfändet wurden dabei aber auch: „das ganze Leitungsnetz nach Zürich, die Motoren, Transformatoren, Mess- und Hülfsapparate in 13 Sekundärstationen der Kraftkonsumenten". Das Grundpfandrecht ist auf den Namen der Aargauischen Kreditanstalt eingetragen, welche laut Inhalt des Pfandbriefes die Partialgläubiger zu vertreten hat.

Das Konkursamt Zürich I, bei welchem die Aarg. Kreditanstalt das ganze Obligationenanleihen von Fr. 450,000 samt dem dafür errichteten Grundpfandrechte anmeldete, bestritt dieses Pfandrecht insoweit, als es sich auf das zürcherische Leitungsnetz, auf die in 13 Sekundärstationen befindlichen elektrotechnischen Einrichtungen (in Zürich) und überhaupt auf die im Gebiete des Kantons Zürich befindlichen Aktiven der Kridarin erstrecken soll. Gleichzeitig mit der am 12. Oktober 1900 an die Aarg. Kreditanstalt versandten Bestreitungsanzeige setzte das Konkursamt der Genannten Frist an, um beim Konkursrichteramte Zürich Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes anzuheben (nach Art. 250 Sch.- u. K.-G.).

Über diese Bestreitung sowohl wie auch über die Fristansetzung beschwerte sich die Aarg. Kreditanstalt beim Bezirksgerichte Zürich, indem sie geltend machte, dass die Bestreitung einzig dem Konkursamte der gelegenen Sache (Baden) und die Ent-

scheidung über das Pfandrecht dem Konkursrichter von Baden zustehe, indem das Pfandrecht und die Pfänder ihren Sitz im Kanton Aargau haben, was nicht nur für die Hauptpfänder, die Liegenschaften selber, gelte, sondern auch für die Zubehörde, als welche sich die in der Bestreitungsanzeige aufgeführten Objekte darstellen.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Beschwerde im ganzen Umfange ab. Mit Bezug auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Richters ging es dabei von den Art. 22 und 250 Sch.- u. K.-G. aus und nahm an, dass das citierte Bundesgesetz für die Anfechtung des Kollokationsplanes ein einheitliches und ausschließliches Forum, nämlich dasjenige des am Sitze des Konkurses bestehenden Konkursgerichtes aufgestellt habe, ohne einen Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Streitigkeiten zu machen.

Diesen Entscheid focht die Aargauische Kreditanstalt beim Obergericht an und beantragte, es sei eine Separatliquidation der Liegenschaften des Elektricitätswerkes Spreitenbach durch das Konkursamt Baden anzuordnen, eventuell sei der Konkursrichter in Baden für die Beurteilung des Einspruches gegen die Kollokation ihrer Forderung als kompetent zu erklären. Den ersten Antrag begründete sie damit: Es sei mit Rücksicht auf die im Kanton Aargau, nicht in Zürich, vorzunehmende Verwertung der Grundpfänder und auf die notwendige Anwendung aargauischen Rechtes angezeigt, das ganze Verfahren den aargauischen Behörden zu überlassen, was nach Art. 221 Abs. 2 Sch.- u. K.-G. unbedingt zulässig sei. Den eventuellen Antrag stützte sie darauf, daß für die Entscheidung über die Existenz des bestrittenen Pfandrechtes der Richter am Orte der gelegenen Sache zuständig, und daß dabei der Ort der Hauptsache auch für das Schicksal der Teile und Zubehörden massgebend sei. Innerhalb der vom Konkursamte Zürich I angesetzten Frist hob die Rekurrentin sowohl in Zürich als auch in Baden die Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes je beim Konkursrichter an.

Der Rekurs wurde als unbegründet abgewiesen.

Gründe:

1. Der Hauptantrag der Rekurrentin, nach welchem eine Separatliquidation ihrer Grundpfänder durch das Konkursamt Baden anzuordnen wäre, wobei es die Meinung haben soll, daß dieses Konkursamt dann auch die Fristansetzung im Sinne von Art. 250 l. c. zu besorgen und die Rekurrentin für die Entscheidung über die Existenz des allenfalls zu bestreitenden Grundpfandrechtes an den Konkursrichter in Baden zu weisen habe, ist ohne weiteres zu verwerfen. Er tendiert nämlich auf nichts anderes hin, als auf die Anordnung eines Separatkonkurses über die im Kanton Aargau gelegenen Liegenschaften der Kridarin. Das Konkursamt Baden soll nach dem Antrage der Rekurrentin nicht etwa bloß als beauftragte Behörde für das Konkursamt Zürich die Verwertung der aargauischen Liegenschaften besorgen, sondern eine selbständige Konkursliquidation mit eigenem Kollokationsplan und eigener Verteilung übernehmen. Nach dem in Art. 197 l. c. ausgesprochenen Grundsatze der Einheit und Allgemeinheit des Konkurses ist ein solches Verfahren schlechterdings ausgeschlossen. Art. 221 Abs. 2 begründet keine Ausnahme von dem eben erwähnten Grundsatze, sondern stellt lediglich für die Inventierung und Sicherung des Massa-Vermögens die Pflicht der gegenseitigen Rechtshülfe sämtlicher schweizerischer Konkursämter auf. (Vgl. Reichels u. Jägers Komm. Note 5 zu Art. 221.) Daß aber auch die Pfandgläubiger als solche keinen Anspruch auf eine abgesonderte, d. h. vom Konkursverfahren losgelöste Liquidation der Pfänder haben, ergiebt sich zur Evidenz aus den Art. 198 und 219 l. c., nach welchen die Pfänder (im Gegensatz z. B. zum deutschen Konkursrechte, § 4 K. O.) im Konkurse zu liquidieren sind. (Vgl. Reichel Komm. Note 6 zu Art. 198.) Das Konkursamt Baden kann also, nachdem das Stadium der Inventierung beendigt ist, erst im Zeitpunkte der Verwertung der in seinem Amtskreise gelegenen Liegenschaften in Thätigkeit treten, und auch dann nur als Hülfsorgan der zürcherischen Konkursverwaltung.

2. Es kann aber auch dem eventuellen Antrage der Rekurrentin keine Folge gegeben

werden. Nachdem die Aarg. Kreditanstalt, wie sie behauptet, die Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes innerhalb der ihr angesetzten Frist an zwei Orten eingeleitet hat, muss es dem angerufenen Richter überlassen werden, die Frage der Zuständigkeit zu entscheiden. Ist es schon zweifelhaft, ob ein interkantonaler Kompetenzkonflikt überhaupt auf dem Beschwerdewege gelöst werden könne, so steht den Aufsichtsbehörden als solchen jedenfalls dann das Recht, über die Zuständigkeit des Richters in Kollokationsstreitigkeiten zu entscheiden, nicht zu, wenn im gegebenen Falle der Richter bereits angerufen worden ist, denn dieser hat sich über seine Kompetenz von den Aufsichtsbehörden keine Anweisungen erteilen zu lassen. Es ist daher auf die Frage, welches Forum im vorliegenden Falle zur Anwendung komme, nicht einzutreten, sondern der Rekurs abzuweisen und der Rekurrentin zu überlassen, die Kompetenzfrage auf dem gerichtlichen Wege zu verfolgen.

(26. Jan. 1901. Aarg. Kreditanstalt c. Konkursamt Zürich I.)

II. Betreibungskosten.

Kautionspflicht des treibenden Gläubigers, Art. 68 Sch.- u. K.-G.

M. Schüler u. Co. verlangten in der Betreibung gegen den in Zürich I wohnhaft gewesenen O. Preuß, nun unbekannt abwesend, Verwertung der Pfänder. Das Betreibungsamt Zürich I wies dieses Begehren zurück mit der Bemerkung: „Da der Steigerungserlös nicht einmal den Retentionsgläubiger befriedigen wird, haben Sie einen Kostenvorschuß von Fr. 8. — zu leisten, behufs Publikation des Verwertungsbegehrens."

Die von Schüler u. Co. hierüber erhobene Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Unter Berufung auf die bundesrätliche Verordnung No. 1 vom 18. Dez. 1891 Art. 3, sowie auf die bundesrätlichen Entscheidungen im Archiv Bd. III No. 25 und Bd. IV. No. 2 beantragt der Rekurrent, daß das Betreibungsamt Zürich I angewiesen werde, die verlangte Verwertung ohne Leistung eines Kostenvorschusses anzuordnen und durchzuführen.

Das Begehren des Betreibungsbeamten, daß der Rekurrent einen Kostenvorschuss für die mittelst öffentlicher Publikation zu erlassende Mitteilung des Verwertungsbegehrens an den unbekannt abwesenden Schuldner — und nur um diese und nicht um die Verwertungskosten selbst handelt es sich — zu leisten habe, ist auf Grund von Art. 68 Abs. 1 des Betr.-Ges. zu schützen. Soweit übrigens die oben citierte Verordnung des Bundesrates die eigentlichen Verwertungs- bezw. Steigerungs-Kosten im Auge hat, so erscheint diese im Interesse der Gläubiger erlassene Bestimmung mit Rücksicht auf die den Betreibungsbeamten daraus erwachsende Verpflichtung, die mit der Verwertung verbundenen Barauslagen aus ihrer eigenen Tasche vorzuschiessen, als entschieden zu weit gehend, und es kann diesfalls auf die zutreffenden Ausführungen im Kommentar v. Dr. Jäger (Art. 68 Anm. 2), verwiesen werden.

Anders verhält es sich mit der in dem bundesrätl. Entscheide vom 13. März 1894 (Archiv Bd. III No. 25) behandelten Frage, ob der die Verwertung verlangende Gläubiger für die Verwertungskosten zu haften habe, wenn der Erlös bloß zur Befriedigung des seinem Pfandrechte vorangehenden Retentionsgläubigers ausreicht. In dieser Richtung erscheint der diese Frage verneinende Entscheid, wonach die Verwertungskosten in erster Linie zur Deckung gelangen und aus dem Erlöse vorab zu bezahlen sind, durchaus im Einklange mit den bezüglichen Vorschriften des Gesetzes, Art. 144, 146 und 219.

Da die angefochtene Auflage sich aber lediglich auf die Publikationskosten bezieht, so ist der Rekurs zu verwerfen.

(26. Jan. 1901, Schüler u. Co.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Juni 1901. XX. Band. No. 10.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Garantie, b) Verkehr mit Schuldbriefen, c) Lieferungskauf. II. Urteile der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Eisenbahnhaftpflicht, b) Gerichtsstand. III. Entscheidungen des zürch. Obergerichtes betr. a) Rechtsvorschlag, b) Pfändung, c) Teilnahmefrist, d) Kompetenzstücke, e) Kollokation. IV. Urteil des Bezirksgerichtes Zürich betr. Kollektivversicherung.

Schweizerisches Bundesgericht.

I. Garantie.

Abtretung der Garantie. — Haftung des Gläubigers für Diligenz gegenüber dem Schuldner der garantierten Forderung. — Die Verwirkungsfrist des Art. 502 Obl.-R. kann nicht analog auf die Garantie angewendet werden.

Laut Kaufschuldbrief vom 14. Febr. 1895 wurde K. Böhler dem H. Streicher Fr. 10,000 schuldig, abzahlbar auf eine dem Gläubiger nach Ablauf von 4 Jahren täglich freistehende halbjährliche Kündigung. Diesen Kaufschuldbrief übergab Aloys Bernhard am 8. Juli 1895 dem Leber anläßlich eines mit demselben abgeschlossenen Liegenschaftskaufes und erklärte dabei, er „garantiere für den Brief für 6000 Fr. bis zur Kündigungsfrist des Briefes laut Protokoll." Leber verpflichtete sich, „bei nicht pünktlicher Verzinsung des Briefes sofort für das ganze Kapital samt Zins Betreibung anzuheben und Bernhard sofort hievon zu verständigen." Am 12. Juli 1895 stellte Bernhard dem F. Leber überdies noch folgenden „Garantieschein" aus: „Laut Kaufvertrag vom 8. Juli a. c. garantiere ich dem Herrn F. Leber für den ihm verkauften Schuldbrief per Fr. 10,000 bis auf den Betrag von 6000 Fr. gemäß Inhalt des Protokolls." Im gleichen Monat zedierte Leber den Kaufschuldbrief weiter an B. Haymann und Max Weil. Am 18. Febr. 1899 kündigten sodann Haymann und Weil dem K. Böhler das Kapital von 10,000 Fr. auf den 18. August 1899, und leiteten am 13. November Betreibung gegen ihn ein. Bei der betreibungsrechtlichen Verwertung kam der Schuldbrief samt Zins gänzlich zu Verlust, und Haymann erhielt am 15. Juni 1900 einen Pfandausfallschein für die Summe von Fr. 10,517. 65. Daraufhin leitete er, gestützt auf den erwähnten Garantieschein, gegen A. Bernhard Klage auf Bezahlung von 6000 Fr. nebst Zins ein. Der Beklagte wendete ein: Die von ihm geleistete Garantie qualifiziere sich als Bürgschaft, und es komme deshalb Art. 502 O.-R. zur Anwendung. Den in diesem Artikel enthaltenen Verpflichtungen sei aber der Kläger nicht nachgekommen. Der Brief sei nämlich schon mehr als vier Wochen, bevor der Kläger ihn geltend gemacht, kündbar gewesen. Auch sei nicht richtig gezinst worden; in diesem Falle hätte der Kläger sogleich kündigen

müssen. Auch sei der Beklagte nie gemahnt worden. Eventuell sei die Klage zurzeit abzuweisen, da die Gegenpartei wohl einen Pfandausfallschein, aber keinen Verlustschein erhalten habe. Die Klage wurde — auch vom Bundesgerichte — gutgeheißen.

Gründe:

1. Die beiden kantonalen zürcherischen Instanzen haben mit Recht angenommen, daß das vom Beklagten gegebene Garantieversprechen keine Bürgschaft sei, sondern daß es die Gewährleistungspflicht des Beklagten als Zedenten einer Forderung zum Gegenstand habe und deshalb nicht eine accessorische, sondern eine selbständige Schuldverpflichtung des Beklagten begründet habe. Es genügt, für die Richtigkeit dieser Auffassung auf die Urteile des Bundesgerichts in Sachen Frey-Wahli c. Kratzer, und Steiger c. Geschwister Kilchenmann (Amtl. Samml. Bd. XXIV, I. Teil, S. 117 und 177) zu verweisen. Demnach ging dann allerdings die Forderung aus diesem Garantieversprechen nicht ohne weiteres mit der Zession der Schuldbriefforderung von Leber auf den Kläger (bez. den Kläger und Weil), als Nebenrecht gemäss Art. 190 O.-R. über, sondern es bedurfte zu diesem Übergang eines besondern Rechtsgrundes. Dieser liegt aber hier vor in der von Leber dem Kläger, bezw. dem Kläger und Weil gegenüber abgegebenen Erklärung, daß er den vom Beklagten ausgestellten Garantieschein ihnen als Eigentum abtrete, durch welche Erklärung Leber eben seine Forderung aus dem Garantieversprechen des Beklagten dem Kläger und Weil zediert hat. Daß diese Forderung gültig an die Zessionare der Schuldbriefforderung zediert werden konnte, unterliegt keinem Zweifel: denn nach Art. 183 O.-R. kann der Gläubiger jede ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen, und eine derartige Ausnahme besteht hier nicht.

2. Der Kläger ist daher berechtigt, vom Beklagten die Erfüllung seines dem Leber gegenüber gegebenen Garantieversprechens, also Zahlung der garantierten Summe, zu fordern, sofern die für die Zahlungspflicht des Garantieleistenden aufgestellte Bedingung eingetreten ist. Diese Bedingung ist aber im vorliegenden Falle offenbar erfüllt. Denn die fragliche Garantie wurde geleistet für die Bonität der auf Böhler lautenden Schuldbriefforderung, und nun steht thatsächlich fest, daß der Schuldbrief von Amtes wegen gelöscht wurde, weil er bei der Verwertung nicht erlöst worden war, so daß infolge dessen der Kläger mit seiner Forderung gänzlich zu Verlust gekommen ist.

3. Der Beklagte will nun aber seine Befreiung von der übernommenen Garantie daraus herleiten, daß der Kläger die ihm als Gläubiger der zedierten Schuldbriefforderung sowohl nach Vertrag als nach Gesetz obliegende Diligenz in der Geltendmachung dieser Forderung gegenüber dem debitor cessus nicht beobachtet habe. Nun ist richtig, daß der Kläger nicht sofort nach der durch die Kündigung herbeigeführten Fälligkeit der Kapitalforderung (18. August 1899) Betreibung eingeleitet, sondern damit mehrere Monate, d. h. bis zum 13. November gl. Js., zugewartet hat. Hierin erblickt der Beklagte einen Befreiungsgrund, indem die Garantie ausdrücklich nur bis zur Kündigungsfrist geleistet worden sei, und nach Art. 502 O.-R. bei einer nur für eine bestimmte Zeitfrist eingegangenen Bürgschaft die Verpflichtung des Bürgen erlösche, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht. Allein Art. 502 O.-R. trifft hier nicht zu, weil die vom Beklagten übernommene Garantie, wie bereits oben bemerkt, nicht als Bürgschaft aufgefaßt werden kann. Für die Gewährspflicht des Zedenten stellt aber das eidg. Obligationenrecht eine derartige Verwirkungsfrist nicht auf, und Art. 502 des Obligationenrechts kann hier auch nicht etwa analog angewendet werden. Denn diese Vorschrift hat ihren legislativen Grund darin, daß der Bürge, wegen der accessorischen Natur seiner Verpflichtung in besonderem Maße auf die Treue und Diligenz eines Dritten, des Gläubigers, angewiesen ist, und daher in dieser Beziehung auch eines besondern gesetzlichen Schutzes bedarf.

Dagegen trifft allerdings auch für die Gewährleistungspflicht des Zedenten der allgemeine Satz zu, daß der Schuldner für die Nichterfüllung der Obligation dann nicht haftet, wenn sie vom Gläubiger selbst verschuldet worden ist. Der Beklagte wäre daher berechtigt, die Zahlungspflicht aus seinem Garantieversprechen insoweit abzulehnen, als er darzuthun vermöchte, daß der Kläger mit der Betreibung des Hauptschuldners schuldhaft gezögert und dadurch den eingetretenen Verlust selbst verursacht habe.

In dieser Beziehung hat nun die Vorinstanz aus dem Umstand, daß das Garantieversprechen nur bis zum Kündigungstermin gegeben wurde, mit Recht geschlossen, daß nach der Willensmeinung der Parteien der Kläger nach der Fälligkeit des Kapitals zur ungesäumten Eintreibung der Forderung verpflichtet war, und es müßte deshalb dem Kläger zum Verschulden angerechnet werden, wenn er ohne hinreichenden Grund mit der Betreibung bis zum 13. November 1899 zuwartete. Nun steht aber einerseits fest, daß der Kläger wegen des über den Hauptschuldner ausgebrochenen Konkurses während des größten Teiles des in Betracht kommenden Zeitraums gar nicht die Möglichkeit hatte, den Hauptschuldner zu betreiben, und anderseits hat der Beklagte nicht dargethan, daß das Resultat der Betreibung ein besseres gewesen wäre, wenn der Kläger sofort nach der Fälligkeit der Forderung rechtliche Schritte gethan hätte. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz muß vielmehr angenommen werden, daß der Kläger auch bei sofortiger Anhebung der Betreibung nach eingetretener Fälligkeit der Forderung gänzlich zu Verlust gekommen wäre. Die vom Beklagten geltend gemachte Thatsache, daß der Kläger mit der Anhebung der Betreibung des Hauptschuldners bis zum 13. November 1899 zugewartet hat, kann demnach weder zur gänzlichen, noch zu teilweiser Befreiung von seiner Zahlungspflicht führen.

(23. Febr. 1901. A. Bernhard c. B. Haymann.)

II. Verkehr mit Schuldbriefen.

Die Verpfändung grundversicherter Forderungen richtet sich nach kantonalem Rechte. Das Retentionsrecht besteht nicht an grundversicherten Forderungen, die nicht in Wertpapieren verkörpert sind.

Dem kantonalen Recht ist, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 9. September 1893 in Sachen Volksbank Luzern gegen Stirnimann (Amtl. Samml. Bd. XIX, S. 550, Erw. 4 ff.) näher ausgeführt hat, die Regelung der Verpfändung der grundversicherten Forderungen vorbehalten. Demnach ist aber die Frage, ob die Beklagte an den beiden Titeln, welche ihr A. Z. namens der Erbschaft Z. versetzt hat, ein Pfandrecht erworben habe, der Kognition des Bundesgerichts entzogen. Hieran kann der von der Beklagten hervorgehobene Umstand, daß das aargauische bürgerliche Gesetzbuch in § 420 die grundversicherten Forderungen zu den beweglichen Sachen zählt, und die Verpfändung beweglicher Sachen vom eidgen. O.-R. geregelt wird, nichts ändern. Denn der Begriff der beweglichen Sachen ist, soweit er für die Anwendung des Bundesrechts in Frage kommt, nach diesem Rechte zu bestimmen. Die Entscheidung darüber, ob die Verpfändung der streitigen Grundpfandforderungen vom eidgenössischen Recht beherrscht werde, hängt deshalb nicht davon ab, ob das kantonale aargauische Recht dieselben in die Kategorie der beweglichen Sachen einreihe, sondern einzig davon, ob sie als bewegliche Sachen im Sinne des Bundesrechts, d. h. der den Eigentumsübergang an Mobilien und das Faustpfandrecht beschlagenden Bestimmungen des eidgen. Obligationenrechts, zu betrachten seien. Das Obligationenrecht hat aber in diesen Bestimmungen, in Art. 199 ff., wie in Art. 210 und 213, nur körperliche bewegliche Sachen, Sachen, die lediglich als körperliche Rechtsobjekte, nicht gleichzeitig als Träger von Rechten von Bedeutung sind, und die zu diesen gezählten Inhaberpapiere, nicht dagegen andere Wertpapiere, oder gar bloße Schuldscheinforderungen, im Auge (s. die zit. Entsch. des Bundesgerichts in Amtl. Samml. Bd. XIX, S. 553). Davon, daß die streitigen Grundpfandforderungen als beweg-

liche Sachen im Sinne des eidgen. Obligationenrechts zu taxieren seien, und sich deshalb deren Verpfändung nach Bundesrecht beurteile, kann hienach keine Rede sein. Die Vorinstanz stellt aber des weiteren fest, daß die jene Forderungen verurkundenden Titel auch keine reinen Inhaberpapiere, ja überhaupt keine Wertpapiere seien, und nach dieser, in Auslegung kantonalrechtlicher Bestimmungen getroffenen und daher für das Bundesgericht verbindlichen Entscheidung entfällt im vorliegenden Falle auch die Frage, ob eventuell für die Verpfändung grundversicherter reiner Inhaberpapiere eidgenössisches Recht maßgebend wäre. Es treffen demnach auch die Voraussetzungen eines Retentionsrechtes nach Art. 224 O. R. nicht zu.

(21. November 1900
Bank in Baden c. Zehnder.)

III. Lieferungskauf.

Die Prüfung der Ware auf ihre Empfangbarkeit hat in der Regel, auch wenn Lieferung an Bord im Absendungshafen stipuliert ist, erst nach Anlangen der Ware am Empfangsorte, nachdem der Käufer dieselbe empfangen hat, stattzufinden. — Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch der Kaufsache ist regelmäßig derjenige. Gebrauch, welcher im allgemeinen der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der betreffenden Warengattung entspricht, beim Weine der Gebrauch als Genußmittel.

Der Beklagte, Weinhändler J. H. in Zug, hatte von den Klägern J. B. G. & Cie. in Alicante ein größeres Quantum spanischen Weißweins Daimiel, 12½ bis 13 Grad alkoholhaltig, „an Bord Alicante zu liefern“ gekauft. Nach Eintreffen einer Teillieferung in Zug ließ der Beklagte dieselbe durch den dortigen Kantonschemiker untersuchen. Nachdem dieser sich dahin ausgesprochen hatte, der Wein enthalte unverhältnismäßig viel schweflige Säure (74, 24 mgr. per Liter) und müsse deshalb beanstandet werden, stellte der Beklagte den Wein zur Verfügung. Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises stellte er die Wandlungseinrede entgegen. Der Kläger machte derselben gegenüber u. a. geltend:

1. Der Beklagte habe den Wein vertragsgemäß in Alicante abzunehmen und dort auf seine Empfangbarkeit zu prüfen gehabt. Nachdem die Verschiffung in Alicante stattgefunden habe, brauche sich der Kläger auf eine Beanstandung nicht mehr einzulassen.

2. Nach der Meinung des Vertrages habe es sich nicht um „Genußwein,“ d. h. um Wein, der den Kunden so, wie er geliefert worden, unmittelbar zum Verbrauche abgegeben werden sollte, gehandelt, sondern um sogen. Coupierwein, um Wein, der zum Verschnitte mit andern bestimmt gewesen sei. Bei der darnach in Aussicht genommenen Vermischung mit anderm Weine mindere sich der Gehalt des Getränkes an freier schwefliger Säure derart, daß von gesundheitsschädlichen Folgen nicht mehr gesprochen werden könne und deshalb die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche weder aufgehoben noch in der Weise geschmälert sei, um eine Gewährspflicht des Verkäufers nach Art. 243 O. R. zu begründen.

Das Bundesgericht hat (in Übereinstimmung mit der Entscheidung der zugerischen Gerichte) die Wandlungseinrede für begründet erklärt, indem es u. a. ausführte:

1. Aus der Bestimmung des Vertrages, daß die Ware an Bord Alicante zu liefern sei, folgt nicht ohne weiteres, daß der Käufer die Prüfung auf deren Empfangbarkeit hin dort vorzunehmen gehabt habe. Nach Art. 246 O. R. soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Ware prüfen und allfällige Mängel derselben dem Verkäufer sofort anzeigen. Die Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers tritt also erst ein, wenn der Käufer die Ware „empfangen“ hat. Unter der „Empfangnahme“ im Sinne des Art. 246 ist aber das thatsächliche Ansichnehmen des Kaufgegenstandes zu verstehen, der Vorgang, welcher dem Käufer die Möglichkeit gewährt, über die Sache thatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit zu prüfen. Hienach hat in concreto die Empfangnahme durch den Beklagten nicht in Alicante, sondern erst an seinem Wohnsitz in Zug, wohin die Fässer über-

sendet werden sollten, stattgefunden. Denn in Alicante, wo die Kläger die Ware dem Spediteur zur Weitersendung zu übergeben hatten, besaß der Beklagte, wie ihnen wohl bekannt war, keinen Vertreter, der die ordnungsmäßige Prüfung der Ware hätte vornehmen können, und es liegt auch nichts dafür vor, daß nach Meinung der Parteien etwa der Spediteur sich mit dieser Aufgabe hätte befassen sollen, so daß also in der zum Zwecke des Weitertransportes erfolgten Übernahme durch den Spediteur in Alicante eine billigende Erklärung über die Empfangbarkeit nicht erblickt werden kann. [Red.: siehe hiezu H. E. XIX, 49, 61 ff.]

2. Wenn es sich frägt, welcher Gebrauch der Kaufsache als der vertraglich vorausgesetzte zu betrachten sei, so ist, soweit sich aus den Vertragsberedungen nichts Abweichendes ergiebt, davon auszugehen, daß nach der Parteimeinung die Kaufsache zu demjenigen Gebrauche tauglich sein solle, der im allgemeinen der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der betreffenden Warengattung entspricht. Da vorliegend Wein verkauft und gekauft war ohne Beschränkung auf einen speziellen Gebrauch, muß somit bis zum Beweis einer abweichenden Vertragsmeinung angenommen werden, daß der Kaufgegenstand auch unmittelbar zur Verwendung als Genußmittel tauglich sein sollte; denn diesem Zwecke dient die fragliche Warengattung nach ihrer Natur und allgemeinen wirtschaftlichen Bestimmung. Die Kläger hätten demnach zu beweisen gehabt, daß beidseitig verstanden gewesen sei, daß der gelieferte Wein ausschließlich zum Verschnitt bestimmt sein solle, und es daher genüge, wenn er sich hiezu als tauglich erweise. Auf Grund des von der Vorinstanz festgestellten Ergebnisses des Beweisverfahrens kann dieser Beweis nicht als geleistet betrachtet werden. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag ist demnach dahin aufzufassen, daß die Kläger mit demselben die Garantie für Tauglichkeit des zu liefernden Weines nicht bloß zum Verschnitt, sondern auch zum unmittelbaren Gebrauch als Genußwein übernommen haben. Zu diesem letztern Gebrauch hat sich aber die streitige Sendung, wie durch die erhobenen Expertisen außer Zweifel gesetzt worden ist, nicht als tauglich erwiesen, und es ist daher der Wandlungsanspruch des Beklagten mit der Vorinstanz als begründet zu erklären.

(14. Dezember 1900, J. B. Gaubert & Cie. c. Hämmerli.)

(Nr. II u. III aus Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd. XIX Nr. 32 und 33.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Eisenbahnhaftpflicht.

Selbstverschulden des Klägers: Abspringen von einem in Bewegung befindlichen Zug. — Eintritt eines Zufalls als Ursache des Unfalles neben dem Verschulden des Verunglückten. Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes.

Der Kläger Anton Fetzel, welcher in Zürich wohnte und in einem Parqueteriegeschäft in Baden in Arbeit stand, erlitt am 3. April 1900, als er abends mit dem Schnellzug von Baden nach Zürich fuhr, bei der Einfahrt in den Bahnhof der letztern Station um 8 Uhr 58 einen Unfall. Beim Aussteigen — Fetzel fuhr im zweithintersten Wagen und verließ denselben über den hintern Perron — fiel er zu Boden und geriet mit dem rechten Fuß unter ein Wagenrad, wobei ihm derselbe vom Spurkranz gequetscht wurde. Diese Verletzung machte eine Amputation des rechten Beines unterhalb des Knies notwendig.

Auf Vermittlung der Arbeitskammer Zürich zahlte die Nordostbahngesellschaft dem Kläger unter ausdrücklicher Ablehnung eines Haftpflichtgrundes eine Unterstützung von 500 Fr., wogegen das Sekretariat der Arbeitskammer für diesen Betrag, „als freiwillige Unterstützung ohne Anerkennung einer Haftpflicht und unter Verzicht des Verunfallten auf weitere Ansprüche“ Quittung ausstellte. Nichtsdestoweniger leitete Fetzel gegen die Bahngesellschaft Klage ein auf Zahlung einer Entschädigung von 15,000 Fr.

— Zur Begründung dieses Anspruches macht er geltend: „Erst nachdem der Kondukteur gerufen „Zürich, alles aussteigen!“ und die Thüre geöffnet, sei er auf die Plattform des Wagens getreten. In der Meinung, der Wagen stehe still, habe er denselben nach rechts verlassen wollen, sei dabei mit dem Futter seines „Lismer“ (einer gestrickten Ärmelweste) an der Thürfalle hängen geblieben, infolgedessen in drehende Bewegung geraten, rücklings auf den Perron gefallen und so mit dem Fuß unter den nächstfolgenden Wagen des thatsächlich noch etwas im Laufe befindlichen Zuges gekommen. Die alleinige Schuld an dem Unfalle treffe die Bahngesellschaft, deren Kondukteur zu frühe zum Aussteigen aufgefordert habe. Letztere Behauptung wurde von der Beklagten bestritten, da der jeweilige Ruf des Kondukteurs lediglich eine Mahnung, sich zum Aussteigen bereit zu halten, bedeute. Der Vorwurf eines Verschuldens treffe dagegen den Beklagten, der betrunken gewesen sei und entgegen dem ihm bekannten Verbot den noch in raschem Gang befindlichen Zug verlassen habe. Übrigens habe derselbe auf alle Ansprüche gegenüber der Bahn rechtsgültig verzichtet.

Die Aussagen der über den Unfall einvernommenen Zeugen lauten bezüglich der Schnelligkeit, mit welcher der Zug im kritischen Momente noch fuhr, ziemlich übereinstimmend. Nach dem einen lag Fetzel, als der Zug stille stand, etwa eine Wagenlänge hinter dem Zugende, zwei andere geben an, der Zug sei im Augenblick des Unfalles noch mit der Geschwindigkeit eines langsam springenden, resp. eines rasch gehenden Mannes gerollt. Darüber, ob der Kläger betrunken gewesen, gehen die Angaben auseinander.

Die Klage wurde erst- und zweitinstanzlich abgewiesen. Dabei ging zunächst das Bezirksgericht Zürich davon aus, daß zwar aus dem Inhalte der eingangs erwähnten Quittung sowie aus der zwischen der Bahnverwaltung und der Arbeitskammer gewechselten Korrespondenz weder eine Anerkennung eines Selbstverschuldens auf Seiten des Klägers noch ein Verzicht desselben auf seinen gesetzlichen Haftpflichtanspruch hergeleitet werden könne, letzteres nicht, weil die Arbeitskammer zu einem gültigen Verzicht keine Vollmacht besessen habe. Dagegen liege ein offenbares Selbstverschulden auf Seite des Klägers vor, der den Zug zu früh verlassen habe, wogegen ein Verschulden der Beklagten nicht nachgewiesen sei. Die Appellationskammer bestätigte dieses Urteil aus folgenden

Gründen:

1. Es besteht kein Streit darüber, daß der Unfall, der den Kläger am 3. April 1900 betroffen hat, darauf zurückzuführen ist, daß der Kläger vom Zuge abgesprungen ist, während dieser noch in Bewegung war. Fraglich ist dagegen nur, ob in diesem Verhalten des Klägers ein die Bahnunternehmung befreiendes Verschulden liege, und ob, wenn diese Frage bejaht werden sollte, nicht neben dem schuldhaften Verhalten des Klägers noch zufällige Momente zu dem Unfall mitgewirkt haben, und endlich, ob nicht ein konkurrierendes Mitverschulden der Bahnunternehmung gegeben sei.

2. Was zunächst die Frage des Selbstverschuldens des Verletzten anbelangt, so ist man in der Praxis von jeher darüber einig gewesen, daß das Abspringen von einem in Bewegung befindlichen Zuge dem Betreffenden zum Verschulden anzurechnen sei und daß es auch bei Angestellten der Bahn höchstens durch eine dringliche und dienstliche Veranlassung entschuldigt werden könne. An einem derartigen Entschuldigungsgrunde fehlt es im vorliegenden Falle durchaus. Der Kläger hatte nicht die mindeste Veranlassung, den Zug vor dem Anhalten zu verlassen, wenn er nicht, wozu er selbstverständlich nicht berechtigt gewesen wäre, den nähern Heimweg quer über das Bahngebiet und dem Ufer der Sihl entlang einschlagen wollte.

Gegenüber den Bahnangestellten hat der Kläger sich damit entschuldigt, er habe geglaubt, der Zug stehe bereits still. Allein das ist nicht recht glaublich. Vom Innern des Wagens aus kann man sich wohl darüber täuschen, ob ein langsam fahrender Zug wirklich in Bewegung begriffen sei, der Kläger, der sich bereits auf der Wagen-

treppe befand, konnte hierüber nicht im Zweifel sein. Wenn er es gewesen wäre, so wäre es vermutlich dem Umstande zuzuschreiben, daß seine Aufmerksamkeit infolge des Genusses alkoholischer Getränke beeinträchtigt war. Es ist in dieser Beziehung auf die Aussagen des Kondukteurs und des Bahnhofinspektors, sowie auf die durch 2 andere Zeugen festgestellte Thatsache zu verweisen, daß der Kläger, nachdem er von seinem Dienstherrn den Lohn empfangen hatte, schon von fünf Uhr an vollständig frei war und in Baden nichts mehr zu thun hatte (daß er sich noch in sein Logis nach Ennetbaden begeben habe, um „Ordnung zu machen" hat der Kläger in der heutigen Verhandlung auf Befragung verneint), daß er aber dennoch erst mit dem $8^1/_2$ Uhr von Baden abfahrenden Zuge nach Zürich fuhr. Es ist nun nicht unwahrscheinlich, daß der Kläger in den drei Stunden, während welcher er sich ohne Beschäftigung in Baden aufhielt, in erheblichem Maße alkoholische Getränke zu sich genommen hat. Daß er geradezu betrunken gewesen sei, ist allerdings weder nachgewiesen, noch auch nur behauptet; zur Herstellung des Schuldmomentes ist es indessen nicht erforderlich, daß er infolge des Alkoholgenusses die Herrschaft über sich selbst vollständig verloren habe, es muß vielmehr genügen, wenn unter dem Einflusse des Alkohols seine Urteilskraft in einem Maße gelähmt worden ist, daß er das Gefährliche seiner Handlungsweise nicht mehr zu erkennen vermochte. Das war nun aber jedenfalls der Fall, wenn der Kläger, obwohl draußen auf dem Trittbrette des Wagens stehend, nicht mehr zu unterscheiden vermochte, ob sich der Zug noch in Bewegung befinde oder nicht.

3. Der Kläger hat sodann allerdings den Standpunkt eingenommen, daß das Absteigen von dem noch nicht vollständig stillstehenden Zuge dann ein schuldhaftes Verhalten nicht in sich schließe, wenn die Bewegung des Zuges eine so sehr verlangsamte gewesen sei, daß der Aussteigende mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf habe rechnen können, daß beim Aussteigen nichts passiere. Ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Ungefährlichkeit solchen Beginnens besteht aber niemals, am allerwenigsten für diejenigen, die auf diese Art des Aussteigens nicht besonders eingeübt sind; der geringfügigste Zufall, Ausgleiten auf dem glatten Boden, Hängenbleiben mit dem Stiefelabsatz am Treppentritt und ähnliches kann eben in einem solchen Fall verhängnisvoll werden. Darauf, daß sich solche Zufälligkeiten nicht ereignen werden, kann nie mit Sicherheit gerechnet werden, und es ist leichtsinnig, sich ohne Not einer offenkundigen Gefahr auszusetzen, weil man annehmen zu dürfen glaubt, es werde hiebei nichts passieren.

4. Aus diesem Grunde erscheint auch das thatsächliche Vorbringen des Klägers, er sei mit seinem Lismer an der Klinke der geöffneten Wagenthüre hängen geblieben, nicht als erheblich. Angenommen auch, es habe dieser zufällige Umstand zu dem Unfalle mitgewirkt, so erscheint er nicht als die primäre Ursache desselben, die vielmehr darin zu erblicken ist, daß der Kläger von dem in Bewegung befindlichen Zuge absprang. Hätte sich der Zug nicht mehr in Bewegung befunden, so würde das Hängenbleiben mit einem Kleidungsstück den Unfall nicht haben herbeiführen können.

Übrigens ist die Mitwirkung von zufälligen Ursachen zu einem durch Verschulden des Verletzten selbst herbeigeführten Unfall rechtlich ohne Bedeutung. Denn die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmung ist dann immer ausgeschlossen, wenn in der Kausalreihe, deren Endglied der Unfall ist, das Selbstverschulden des Verletzten ein wesentliches Glied bildet, ohne welches der Kausalzusammenhang unterbrochen sein würde. Von welcher Art die übrigen Glieder der Kausalreihe seien, ist gleichgültig, vorausgesetzt, daß sich darunter nicht ein solches befinde, welches ein Verschulden der Bahnunternehmung oder ihrer Organe involviert, in welchem Falle eine Teilung der rechtlichen Haft für die Folgen des Unfalls zwischen der Bahn und dem Verletzten eintritt.

Wenn das Bundesgericht bei der Anwendung des Fabrikhaftpflichtgesetzes angenommen hat, daß eine Konkurrenz von Selbstverschulden mit einem Zufall möglich sei, so hat es diese Ausführungen auf die

Bestimmung des Art. 5 b dieses Gesetzes gestützt, die ja allerdings für eine solche Auffassung spricht. Immerhin hat das Bundesgericht in dem Entscheide Flury c. Neuhausen (Bd. XXIV, II pag. 457 ff.) erklärt, daß eine Teilung der Verantwortlichkeit nur da eintreten könne, wo eine wirkliche Ursachenkonkurrenz vorliege, nicht aber da, wo der Zufall nicht als selbständige Ursache betrachtet werden könne, also dann nicht, wenn das Verschulden des Geschädigten ein derartiges sei, daß gesagt werden müsse, er habe damit auch das Risiko für einen hinzutretenden Zufall übernommen. Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz kennt eine dem cit. Art. 5 b des Fabrikhaftpflichtgesetzes analoge Bestimmung nicht, wie es z. B. auch nicht eine Reduktion der Haftpflicht bei bloßem Zufall eintreten läßt, und es geht daher schon aus diesem Grunde schwerlich an, entgegen der Bestimmung des Art. 2, in einem Falle, wo offenbares Selbstverschulden des Verletzten vorliegt, die Klage teilweise gutzuheißen, weil noch ein zufälliger Umstand zu dem Unfall mitgewirkt hat. (Folgen Ausführungen betr. die thatsächliche Würdigung des vom Kläger behaupteten Zufalls.)

5. Es ist endlich noch der Standpunkt einer Konkurrenz des Verschuldens des Klägers mit einem solchen der Beklagten, d. h. ihrer Organe, eingenommen worden. Allein auch diese Rechtsposition ist unhaltbar. Das Verschulden der Beklagten soll darin liegen, daß der Zugskondukteur den Namen der Station gerufen, zum Aussteigen aufgefordert und die Thüren geöffnet habe, bevor der Zug angehalten habe. Allein es liegt auf der Hand, daß, um ein im Interesse des Bahnbetriebes liegendes rasches Entleeren der Züge bei der Ankunft an der Endstation zu ermöglichen, mit solchen vorbereitenden Avertissements begonnen werden muß, bevor der Zug die Station völlig erreicht hat. Kein vernünftiger Mensch wird eine solche Ankündigung als eine Erlaubnis oder gar als einen Befehl betrachten, den Zug vor dessen Anhalten zu verlassen; insbesondere hat der Kläger, der, wie er in der persönlichen Befragung selbst angegeben hat, seit sechs Jahren alle Wochen etliche Male zwischen Zürich und Baden hin und her fuhr, ganz genau gewußt, daß in der bezüglichen Ankündigung nur die Aufforderung an alle Passagiere liegt, sich zum Aussteigen bereit zu machen. Wenn man sogar finden sollte, der Kondukteur sei hiebei etwas voreilig gewesen und er habe namentlich die Thür zu früh geöffnet, so wäre dieser Umstand daher außer aller ursächlichen Beziehung auf den Unfall.
(27. März 1901 U. i. S. Fetzel c. N. O. B.)

II. Gerichtsstand.

Der Gerichtsstand der Konkursmasse ist derjenige des zuständigen Konkursamtes und zwar auch dann, wenn mit Umgehung desselben eine besondere Konkursverwaltung bestellt wird.

In dem über R. H. in Kilchberg (Konkursamt Thalweil) ausgebrochenen Konkurse hatte Frau Suter eine Forderung von Fr. 1102. 60 in II. Klasse, eine solche von Fr. 29,500 in V. Klasse, sowie ein Retentionsrecht an sämtlichen im Gasthof z. Schwanen in Zürich befindlichen Mobilien und Weinen geltend gemacht. Die Konkursverwaltung bestritt alle Ansprachen, worauf Frau Suter den Kollokationsplan gerichtlich anfocht, die Klage aber schließlich zurückzog.

Durch Beschluß der ersten Gläubigerversammlung wurde für die Durchführung des erwähnten Konkurses eine besondere Konkursverwaltung eingesetzt und Notar Karrer in Zürich I als Konkursverwalter gewählt. Gleichzeitig ist ein Gläubigerausschuß mit 3 Mitgliedern bestellt worden.

Im November vor. Js. leiteten die Rekurrenten beim Friedensrichteramt Kilchberg Klage gegen die Konkursmasse H. ein über die Streitfrage: „Ist die Masse rechtlich verpflichtet, den Klägern bis auf den Betrag ihrer Ansprüche alles dasjenige zukommen zu lassen, was der Frau S. Suter, vormals Wirtin z. Schwanen, Zürich I, zufolge ihrer Konkurseingabe im Konkurse H. sowohl in bar, als an Retentionsobjekten hätte zukommen sollen, alles unter Kosten- und

Entschädigungsfolge?“ Laut Weisung ist die Beklagte zur Sühnverhandlung nicht erschienen und hat auch keine Urkunden eingesandt.

In der vom Bezirksgericht Horgen über diese Streitfrage angeordneten Hauptverhandlung beantragte der Vertreter der Beklagten, die Klage zur Zeit abzuweisen, weil sie bei einem unzuständigen Friedensrichteramte eingeleitet worden sei, weshalb denn auch die Beklagte zur Sühnverhandlung nicht erschienen sei. Ein der Vorschrift des § 484 R. Pfl. G. entsprechendes Verhandlungsprotokoll liegt nicht vor, weshalb nicht feststeht, ob und wie die Klage materiell begründet worden ist. Das Bezirksgericht nahm an, die Beklagte müsse in Thalweil als an dem Sitze der Konkursverwaltung belangt werden und wies deshalb die Klage angebrachtermassen ab. Hiegegen rekurrieren die Kläger und beantragen Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Die Appellationskammer wies indessen den Rekurs ab.

Gründe:

1. Es steht fest, daß von den Klägern ein Anspruch gegen die Konkursmasse des H. als eine sogen. Massenschuld, nicht etwa eine Konkursforderung, die im Konkursverfahren zur Befriedigung (mittelst der Konkursdividende) gelangen soll, geltend gemacht wird. Die zu entscheidende Frage ist also, wo die Konkursmasse ihren Gerichtsstand habe, speziell bei welchem Friedensrichteramt die Klage gegen dieselbe einzuleiten sei. Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch nach unserm Konkursgesetze (vgl. bes. Art. 240 dess.) die Masse als solche gerichtlich belangt werden kann, daß dieselbe also prozeß- und gerichtsstandsfähig ist, obschon sie keine juristische Person und auch keine mit Prozeß- und Gerichtsstandsfähigkeit ausgestattete Gesellschaft (wie z. B. die Kollektivgesellschaft) ist. Die Auffassung, daß die Masse bzw. die von den Gläubigern bestellte Konkursverwaltung lediglich Vertreterin des Kridaren sei, ist gerade da nicht zutreffend, wo es sich eben nicht um Ansprüche an diesen handelt (die immer im Konkurse resp. beim Konkursgerichte geltend zu machen sind, und zwar auch dann, wenn der Kläger das Eigentum an einer im Besitz des Kridaren befindlichen Sache beansprucht, gemäß § 72 Ziff. 7 des Einf.-Ges.), sondern wo ein Anspruch gegen die Masse als solche geltend gemacht wird. (Ob ein solcher hier wirklich bestehe, ist natürlich in diesem Verfahren nicht zu untersuchen). Daraus folgt, daß hier nicht etwa die Bestimmung des § 91 Ziff. 1 des Einf.-Ges. — wonach die Klage am Wohnsitz des gesetzlichen Vertreters anzubringen ist — Anwendung finden kann. Vielmehr ist zu untersuchen und festzustellen, wo die für die Masse bestellte Konkursverwaltung ihren Sitz habe.

2. Das Sch.- u. K.-G. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Für den gewöhnlichen Fall, wo die Konkursverwaltung vom Konkursamt besorgt wird, ist wohl ohne weiteres klar, daß Klagen gegen die Masse am Sitze desselben, also beim Friedensrichteramt der betreffenden Gemeinde und beim Bezirksgerichte, dem das Konkursamt unterstellt ist, anhängig zu machen sind. Fraglich kann dagegen sein, wie es da zu halten sei, wo, wie im vorliegenden Falle, mit Umgehung des Konkursamtes eine besondere Konkursverwaltung bestellt wird, die ihre Thätigkeit an einem andern Orte, außerhalb der Gemeinde und des Gerichtsbezirkes des Konkursamtes ausübt. Es könnte sich hier allerdings fragen, ob nicht der thatsächliche Sitz dieser Verwaltung (i. c. also Zürich) auch für den Gerichtsstand als maßgebend zu erklären sei. Allein überwiegende Gründe scheinen doch dafür zu sprechen, daß auch in solchen Fällen als rechtlicher Sitz der Konkursverwaltung derjenige des zuständigen Konkursamtes betrachtet werden müsse, das auch zunächst, nach Eröffnung des Konkurses, behufs Feststellung der Masse und der Ansprüche der Gläubiger in Thätigkeit zu treten hat. Es ist durchaus wünschbar und liegt wohl auch im Sinne des Sch. u. K.-Ges., daß der Gerichtsstand der Konkursmasse ein einheitlicher, ein für allemal bestimmter sei, da sonst bei einem Wechsel des Sitzes der Konkursverwaltung derselbe ebenfalls dem Wechsel unterworfen wäre. Auch ist es gewiß das Natürlichste und

Nächstliegende, daß das nämliche Gericht, das als Aufsichtsbehörde über die Konkursverwaltung zu amten hat und dem der Konkursrichter angehört, auch solche Klagen gegen die Masse zu beurteilen habe.

Diese rechtliche Auffassung liegt offenbar auch dem § 244 der oberger. Anweisung z. Sch. u. K.-Ges. (bzw. § 17 der kantonsrätlich genehmigten Verordnung vom 27. Dez. 1893) zu Grunde. Demnach ist der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen und haben die Kläger ihre Klage gegen die Konkursmasse zunächst beim Friedensrichteramt Thalweil und sodann beim Bez.-Gericht Horgen anhängig zu machen. (App.-K. B. vom 23. Febr. 1901).

Eine Minderheit des Gerichtes gab folgende Ansicht zu Protokoll: Nach dem gegenwärtigen Konkursrechte ist die Gläubigergemeinschaft vollständig unabhängig vom Konkursamte und kann nach ihrem Belieben das letztere oder aber eine eigene Verwaltung für die gesamte Durchführung des Konkurses einsetzen. Wird eine private Verwaltung bestellt, so hat das Konkursamt, in dessen Sprengel der Konkurs eröffnet wurde, mit dem Konkurse nach Erledigung der vorläufigen Massnahmen nichts mehr zu schaffen. Die ihm in § 244 Abs. 2 der obergerichtl. Anweisung zugewiesene Funktion verrichtet es lediglich als Vollzugsorgan der Privatverwaltung. Daher kann mangels einer abweichenden, positiven Gerichtsstandvorschrift der Sitz des Konkursamtes für die Bestimmung der Zuständigkeit in den Fällen, da eine Privatverwaltung den Konkurs durchführt, nicht wohl in Frage kommen. Vielmehr muß der Sitz der wirklichen Verwaltung als maßgebend betrachtet werden, da in ihr die Existenz der Gläubigergemeinschaft sich bethätigt. Vgl. deutsche Reichscivilprozeßordnung § 17; österreich. Jurisdiktionsnorm § 75 (betr. den Gerichtsstand von parteifähigen „Vermögensmassen"). Als solcher ist da, wo ein oder mehrere private Verwalter bestellt sind, derjenige Ort anzusehen, an welchem in der Hauptsache die Verwaltungsthätigkeit ausgeübt wird. Im vorliegenden Falle liegen die Hauptaktiven (Liegenschaften und Wertschriften) in Zürich I, und hier wohnt auch der Konkursverwalter, so daß Zürich I als Sitz der Konkursverwaltung und damit auch der Konkursmasse zu behandeln ist. Es hätte somit die Klage beim Friedensrichteramt Zürich I und beim Bez.-Gerichte Zürich eingeleitet werden sollen.

Obergericht Zürich

als kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs.

I. Rechtsvorschlag.

Form.

Frau K. Sch. wurde gemeinsam mit ihrem Ehemann für eine Forderung von Fr. 3750 betrieben; sie erwirkte gegen den Zahlungsbefehl rechtzeitig Rechtsvorschlag mit der Erklärung: „Wird Rechtsvorschlag erhoben. Grund warum, weil ich nichts mehr habe, so kann ich auch nichts mehr bezahlen!" Der Gläubiger verlangte Fortsetzung der Betreibung; denn es liege eine gültige Bestreitung der Forderung nicht vor, und das Betreibungsamt hätte auf die genannte Erklärung gar keine Rücksicht nehmen sollen.

Dieselbe wurde indes von der Oberaufsichtsbehörde als für einen Rechtsvorschlag genügend anerkannt, indem hierin der Wille zur Bestreitung der Forderung zum Ausdruck gebracht sei. In dem vom Gläubiger angerufenen bundesgerichtlichen Entscheid (A. S. Bd. XXIII S. 962) sei eben nicht eine Bestreitung des Forderungsrechtes an sich beabsichtigt gewesen.

(31. Okt. 1900.)

II. Pfändung.

Pflicht des Betreibungsbeamten zur Nachforschung nach den Vermögensgegenständen des Schuldners.

Der Rekurrent spricht die Vermutung aus, es werde vom Schuldner ein Teil seiner Aktiven verheimlicht und er hat ohne Zweifel ein Recht, vom Betreibungsamt zu verlangen,

dass diejenigen Beweismittel, die zur Feststellung der dem Schuldner zustehenden Vermögensgegenstände thatsächlich vorhanden sind, bei der Pfändung herangezogen und gewürdigt werden. Als ein derartiges Beweismittel stellt sich eine Mobiliarversicherungspolice, die ein ganz genaues Verzeichnis aller Vermögensstücke enthält, dar. Der Einwand des Betreibungsamtes, eine Police könne deshalb nicht als massgebend betrachtet werden, weil der Bestand der Fahrhabe eines Schuldners bei der Pfändung nicht notwendigerweise einer vorher abgeschlossenen Police entsprechen müsse, hält nicht Stich; denn Sache des Schuldners wird es sein, über den Verbleib derjenigen Sachen, die bei der Aufnahme der Police noch vorhanden waren, bei der Pfändung aber fehlen, Auskunft zu geben. (§ 91 Sch.- u. K.-G., u. Kommentar Jäger hierzu, Nr. 13.)

III. Teilnahmefrist

für die Ehefrau des Schuldners. Art. 110 Sch- u. K.-G.

Die Teilnahmefrist des Art. 110 Sch- u. K.-G. ist eine gesetzlich fest normierte, absolute, die weder durch Dispositionen der Beteiligten noch der Behörden verändert werden kann. Jeder, der während der 30-tägigen Teilnahmefrist das Pfändungsbegehren stellt, nimmt an der erstvollzogenen Pfändung teil, auch wenn er von der bereits erfolgten Pfändung gar keine Kenntnis hatte, aber auch nur die Gläubiger, die innert der 30 Tage die Pfändung verlangten. Kein Gläubiger kann die Erstreckung der Teilnahmefrist oder Restitution gegen den Ablauf derselben verlangen, mit der Begründung, er habe von der Pfändung keine Kenntnis gehabt, weil eben auf diese Kenntnis nichts ankommt.

Nichts anderes kann bezüglich des Teilnahmerechtes der Ehefrau gelten; nur in zwei Punkten unterscheidet dasselbe sich von demjenigen jedes andern Gläubigers. Art. 111 Sch.- u. K.-G. giebt einerseits der Ehefrau das Vorrecht, den Anschluss auch ohne vorangehende Pfändung zu erklären und anderseits ist den Kantonen das Recht eingeräumt, die Teilnahmefrist der Ehefrau um zehn Tage — nicht etwa beliebig — zu verlängern. Weitere Vorrechte der Ehefrau bezüglich des Anschlußrechtes kennt das Betreibungsgesetz nicht. Namentlich findet sich nirgends eine Bestimmung, daß der Ehefrau die Teilnahmefrist nicht ablaufe oder daß sie Restitution gegen den Ablauf verlangen dürfe, wenn sie von der Pfändung keine Kenntnis gehabt hat. Es ist daher ganz bedeutungslos, ob der Betreibungsbeamte ihr vom Vollzug der Pfändung Kenntnis gegeben habe oder nicht. Wenn das zürcherische Einführungsgesetz eine Pflicht des Betreibungsbeamten statuiert, der Ehefrau vom Vollzug der Pfändung Kenntnis zu geben, so kann das nur Bedeutung haben für die Verantwortlichkeit des Beamten, niemals aber kann aus dieser Anzeigepflicht ein Privileg für die Ehefrau hergeleitet werden, das weder das Betreibungsgesetz kennt, noch der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten ist.

(4. April 1901.)

IV. Kompetenzstücke.

I. E. H., Mieterin einer Wohnung in dem dem J. L. gehörenden Hause, verliess diese heimlich, dagegen blieben zwei Aftermieter, welche möblierte Zimmer besassen, in derselben zurück. Die in den Mieträumen noch zurückgebliebenen hausrätlichen Gegenstände wurden für die Mietzinsforderung des J. L. durch das Betreibungsamt retiniert.

E. H. stellte das Begehren, dass die Retention mit Bezug auf eine Kommode, eine Chiffonniere, ein Bett und eine Stockuhr aufgehoben werde, da sie diese Gegenstände für sich und ihre Tochter notwendig bedürfe (Art. 92, Ziff. 1, Sch.- u. K.-G.).

Das Gesuch wurde abgewiesen.

Gründe:

Maßgebend für die Frage der Unpfändbarkeit der streitigen Gegenstände ist der Zeitpunkt des Vollzugs der Retention. Die

Rekurrentin hat dadurch, daß sie die fraglichen Objekte bei ihrem Wegzuge nicht mitgenommen, sondern zu fernerer Benutzung ihren Aftermietern überlassen hat, in unzweideutiger Weise zu erkennen gegeben, daß ihr dieselben zu ihrem persönlichen Gebrauche entbehrlich seien. Sodann fällt in Betracht, daß die Rekurrentin die monatlichen Mietzinse von ihren beiden Aftermietern bis Ende Februar 1901 bezogen hat, ohne dieselben zur Tilgung ihrer eigenen Mietzinsschuld zu verwenden, so dass wohl angenommen werden darf, sie werde nicht so mittellos sein, daß sie nicht vorübergehend Ersatz für die absolut nötigen Gegenstände beschaffen könnte, was ihr namentlich bezüglich der Uhr mittelst Instandstellung der Weckeruhr ein Leichtes sein dürfte. (4. April 1901.)

II. Ein Petrolkochapparat kann nicht als Kompetenzstück bezeichnet werden, wenn dem Inhaber der Wohnung oder des Zimmers ein gewöhnlicher Kochherd oder Anteil an einem solchen zur Verfügung steht. In diesem Falle darf dem Schuldner zugemutet werden, dass er für seine Bedürfnisse den Herd benutze, selbst wenn dies etwas teurer zu stehen kommt.

(13. April 1901.)

V. Kollokation.

Eine Abänderung des Kollokationsplanes muss erfolgen, wenn sich zeigt, dass eine kollozierte Forderung vor der Verteilung untergegangen ist.

Die Spar- und Leihkasse Zofingen hatte Wechselforderungen im Gesamtbetrage von Fr. 7009 gegen die Kollektivgesellschaft Studer u. Cie. in Deitigen, welcher W. Haab, Müller in Rykon-Zell als unbeschränkt haftender Gesellschafter angehörte. In dem am 22. Januar 1900 über W. Haab ausgebrochenen Konkurse meldete sie ihre Forderung gegen die Gesellschaft im Betrage von Fr. 7009 an und wurde hiefür in der fünften Klasse kolloziert. Der Kollokationsplan ist in Rechtskraft erwachsen, da er von keiner Seite angefochten wurde.

Schon zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über den Gesellschafter Haab war die Gesellschaft Studer & Cie. mit ihren Gläubigern über den Abschluss eines Nachlassvertrages in Unterhandlung getreten, der dann auch auf Grund einer Offerte von 25 % zu Stande kam und am 18. April von der Nachlassbehörde gerichtlich bestätigt wurde. Die Spar- und Leihkasse Zofingen hatte ihre Forderung im Nachlassverfahren zwar angemeldet, aber dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt.

Der Konkursverwaltung war bei der Kollokation bekannt, dass die angemeldete Forderung eine solche gegen die Gesellschaft war und dass die letztere einen Nachlassvertrag abzuschliessen beabsichtigte.

Das Konkursamt teilte dann der Spar- und Leihkasse Zofingen durch Zuschrift mit, dass die von ihr angemeldete und in den Kollokationsplan aufgenommene Forderung nach dem Verteilungsplan nichts erhalte, „weil die Forderung von der Firma Studer & Cie. und durch den von dieser abgeschlossenen Nachlassvertrag beglichen worden sei und daher im Konkurse Haab wegfalle."

Auf die von den Gläubigern hierüber geführte Beschwerde wurde das Konkursamt angewiesen, für den Fall, als es jene von der Befriedigung aus der Konkursmasse Haab anschliessen wolle, einen abgeänderten Kollokationsplan aufzulegen.

Gründe:

Der Rekurs wird zunächst damit begründet, dass eine Abänderung des Kollokationsplanes von Seite des Konkursamtes überhaupt nicht mehr zulässig sei (Reichel, Kommentar Art. 250, Ziff. 11). Allerdings hat sich das Bundesgericht dahin ausgesprochen, dass ein in Rechtskraft erwachsener Kollokationsplan nicht mehr abgeändert werden dürfe, selbst wenn er materiell noch so unrichtig wäre (vide Archiv III Nr. 84; V. Nr. 122, 123, vergleiche auch Anmerkung zu Nr. 122). Nur dann hat das Bundesgericht einen Nachtrag zum Kollokationsplan als zulässig erachtet, wenn es sich weniger um eine Abänderung als

um eine Verdeutlichung der Kollokation handle, nämlich in dem Falle, wo der Kollokationsplan eine Rechtsfrage entweder gar nicht oder in einer zweideutigen Weise entschieden habe. Wenn man auch mit diesen Entscheiden davon ausgehen will, dass der von der Konkursverwaltung im Sinne des Art. 245 Sch.- u. K.-G. einmal getroffene Entscheid für die Konkursverwaltung unter allen Umständen verbindlich sei, dass eine Abänderung zu Ungunsten der kollozierten Forderungen nicht mehr statthaft und daher unter allen Umständen der Kollokationsplan der später vorzunehmenden Verteilung des Erlöses der Aktiven unverändert zu Grunde zu legen sei, treffen die Erwägungen, die zu dieser Auffassung führen, doch entschieden dann nicht zu, wenn die Konkursverwaltung einen kollozierten Gläubiger von der Verteilung ausschliessen will, nicht etwa deswegen, weil die vorgenommene Kollokation als unrichtig angefochten werden wollte, sondern weil behauptet wird, dass seit der Kollokation die Forderung untergegangen sei. Angenommen, im vorliegenden Falle wäre die Rekurrentin seit der Auflegung des Kollokationsplanes vollständig bezahlt worden, sei es durch den andern Anteilhaber der Firma oder durch Bürgen, dann könnte doch keine Rede davon sein, daß die Rekurrentin trotzdem das Recht hätte, die Ausrichtung der nach dem Kollokationsplan auf sie entfallenden Dividende zu verlangen und daß der Konkursverwaltung kein anderes Mittel zustände, als auf dem Wege der Klage (aus ungerechtfertigter Bereicherung) die ausgerichtete Dividende wieder zurückzufordern. Zu einer solchen Auslegung zwingt das Gesetz nicht. Wenn nachträglich eine Konkurseingabe gemacht wird, sieht Art. 251 ausdrücklich eine Abänderung des Kollokationsplanes vor; und ebenso muss es gehalten werden, wenn eine mit Recht kollozierte Forderung vor der Verteilung untergeht. Selbstverständlich handelt es sich in diesem Falle nicht um die Begleichung eines Anstandes über die Verteilung des Erlöses, dessen Erledigung der Kompetenz der Aufsichtsbehörden unterstände, sondern es liegt eine eigentliche Kollokationsstreitigkeit vor, die von den Gerichten zu entscheiden ist. Es geht also nicht an, daß die Konkursverwaltung die Rekurrentin von der Befriedigung einfach durch bloße Zuschrift ausschließt, in der Meinung, dass es der Rekurrentin freistehe, sich über diese Verfügung zu beschweren; wenn die Konkursverwaltung an der Auffassung festhält, daß durch den von der Firma Studer & Cie. abgeschlossenen Nachlaßvertrag die im Kollokationsplan aufgenommene Forderung der Rekurrentin erloschen sei, hat die Konkursverwaltung einen neuen Kollokationsplan aufzulegen und der Rekurrentin Frist zur gerichtlichen Anfechtung desselben anzusetzen. In diesem Sinne ist die Beschwerde als begründet zu erklären.

(4. April 1901, Spar- und Leihkasse Zofingen c. Konkursmasse Haab.)

Bezirksgericht Zürich, IV. Abt.

Kollektivversicherung.

Der Arbeitgeber, welcher, ohne dem Haftpflichtgesetz unterstellt zu sein, seine Arbeiter kollektiv versichert und von ihnen hiefür Prämien-Beiträge bezieht, haftet ihnen für einen Unfallschaden, wenn er schuldhafterweise, z. B. durch falsche Angaben bei der Versicherungsgesellschaft, die Versicherung unwirksam macht.

J. Kuratli, geb. im Juni 1876, war im Jahre 1898 in der Farbholzmühle des W. Surber in Albisrieden angestellt als Arbeiter bei einem mittleren Taglohn von Fr. 3. 50 Rp. Der Betrieb stand nicht unter dem Haftpflichtgesetz. Am 13. September 1898 erlitt K. einen Unfall, indem er sich an der Fräsmaschine das linke Auge verletzte. Am 7. November 1898 wurde er aus dem Spital mit einem Schlusszeugnis von Prof. Dr. Haab entlassen, dahin gehend, daß die Erwerbsschädigung infolge der Verletzung 25% betrage.

Im Juli 1894 hatte Surber mit der Gesellschaft „Préservatrice“ einen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Nach den Bestimmungen der Police, die sich Kollektivpolice nennt, garantiert die Gesellschaft dem S. die civilrechtliche Haftbarkeit, die ihm infolge der gesetzlichen Haftpflicht seinen Arbeitern gegenüber erwachsen kann, bis zu einem Maximum von Fr. 6000. —. Nach Art. 3 gilt die Versicherung und wird die Prämie geschuldet für alle Personen, welche während der Dauer der Versicherung an den bei Ab-

schluss der Police in Betracht gekommenen Arbeiten beschäftigt sind, gleichgültig, ob sie im Tag-, Monats- oder Jahreslohn oder im Akkord arbeiten und als Arbeiter, Vorarbeiter, Aufseher, Ingenieure, oder Direktoren angestellt sind. Demgemäß ist der Versicherungsnehmer bei Verlust seines Anspruches im Schadensfalle gehalten, in seinen Lohnlisten und Registern regelmäßig, Tag für Tag, Namen, Vornamen, Alter, Beruf und Wohnort einer jeden der von ihm beschäftigten und für seine Rechnung arbeitenden oder angestellten Person, sowie die Anzahl der geleisteten Arbeitstage und den Betrag des verdienten Lohnes einzutragen. Nach Art. 11 wird die Entschädigung berechnet nach Maßgabe des vom Verunglückten verdienten mittleren Taglohnes. Art. 15: „Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, der Gesellschaft am Ende eines jeden Quartals eine Aufstellung vorzulegen, welche die Gesamtzahl der Arbeitstage und den Gesamtbetrag der Arbeitslöhne, welche er für Leistungen seiner Arbeiter, Vorarbeiter etc. in den verflossenen drei Monaten zu bezahlen hatte, angiebt." Art. 31: „Jede Verschweigung, jede falsche Angabe seitens des Versicherungsnehmers, sei es im Augenblicke der Unterzeichnung der Police, sei es während ihrer Dauer, entlastet die Gesellschaft vollständig von ihrer Garantie gegenüber dem Versicherungsnehmer, insofern diese Verschweigung oder falsche Angabe zur Folge gehabt hat, die Gesellschaft in Bezug auf die Anzahl der geleisteten Arbeitstage oder den Betrag der bezahlten Löhne zu täuschen."

Die Prämie, die zuerst 8,75 %, dann 7,5 % der bezahlten Löhne betrug, wurde zu 60 % von Surber und zu 40 % von dessen Arbeitern auf dem Wege eines Lohnabzuges aufgebracht.

Surber sandte den Generalagenten der Préservatrice, Gebr. Stebler in Zürich, regelmäßig die vierteljährlichen Lohnlisten ein zur Berechnung der Prämie. Auf die Liste vom April 1898 schrieb er: „Zur Aushülfe beschäftigte im 1. Quartal nur Taglöhner, die nicht auf die Arbeitsliste kommen." Hierauf schrieben ihm am 31. Mai Gebr. Stebler, es sei dies ein Irrtum, er müsse alle Löhne, die er für die versicherten Arbeiter ausgebe, in den Lohnlisten mitteilen; er möge die Liste vervollständigen und etwelche frühere Unterlassungen dieser Art gleichzeitig nachholen. Surber antwortete: „Die bezüglichen Taglöhner waren nicht mitversichert, was ich noch in keinem Falle gethan habe und es auch so weiter halte; es fällt daher die verlangte Eintragung dahin." Zu Beginn des Jahres 1899, also nach dem Unfall des Kuratli, liessen Gebr. Stebler bei Surber eine Bücherkontrole vornehmen. Dabei konstatierten sie, daß dieser seit dem 4. Quartal 1894 mehr Löhne ausbezahlt hatte, als in den Lohnlisten an die Préservatrice notiert waren und zwar betrug die Differenz nach einer genauen Aufstellung etwas über 7000 Fr., bei einer Gesamtlohnsumme von cirka Fr. 17,600. — und die Prämie für die Differenz Fr. 519. 65 Rp. Hierauf erklärte am 23. März 1899 die Préservatrice gestützt auf Art. 3 und 21 der Versicherungsbedingungen den Vertrag als aufgelöst mit dem 31. März 1899. Desgleichen lehnte sie es am 24. März 1899 definitiv ab, eine Entschädigung wegen des Unfalles des Kuratli zu bezahlen. Die zu wenig bezahlte Prämie klagte sie gegen Surber ein und dieser anerkannte die Klage (1. August 1899).

Gestützt auf den Versicherungsvertrag belangte Kuratli die Gesellschaft Préservatrice auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 5000. — Die erste Instanz, das Bezirksgericht Zürich, IV. Abteilung, hieß die Klage im Betrag von Fr. 4000. — nebst Zins gut. Sie ging davon aus, daß ein gültiger Versicherungsvertrag vorliege, obgleich der Beklagte nicht unter dem Haftpflichtgesetz stand, nämlich eine Kollektivversicherung der Arbeiter gegen Unfälle, durch welche die Arbeiter so gestellt werden sollten, wie wenn der Beklagte haftpflichtig wäre. Das Gericht anerkannte sodann ein direktes Klagerecht des Klägers aus dieser Versicherung gegen die Gesellschaft, stellte fest, daß ein Betriebsunfall vorliege und verwarf die von der Gesellschaft erhobenen Einreden der Verjährung und der Verwirkung des Anspruchs aus der Versicherung. Gestützt auf ein Gutachten von Dr. Ritzmann in Zürich und in Übereinstimmung mit dem Zeugnis von Prof. Dr. Haab wurde angenommen, die Erwerbsfähigkeit des Klägers sei infolge des Unfalles um 25 % reduziert, so daß sich ein Lohnausfall von Fr. 262. 50 Rp. ergab, was zu einem Rentenkapital von Fr. 5200. — und nach Abzug von Fr. 1200. — für Zufall u. s. w. zu einer Entschädigung von Fr. 4000. — nebst Zins führte.

Mit Urteil vom 1. November 1900 (siehe diese Blätter S. 20 ff.) wies die Appellationskammer des Obergerichtes die Klage ab, indem sie die Einrede der Verwirkung des Versicherungsanspruches schützte. Der Anspruch des Klägers sei abhängig von Handlungen und Unterlassungen des Versicherungsnehmers Surber. Dieser habe der Gesellschaft über die Höhe der bezahlten Löhne und die Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeiter unrichtige Angaben gemacht, für welchen Fall die Versicherungsbedingungen die Verwirkung jeden Anspruchs statuieren. Diese weitgehende Folge erscheine nur dann als gerechtfertigt, wenn die unrichtige Angabe auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers, Arglist oder Fahrlässigkeit, beruhe. Surber habe aber zum mindesten grob fahrlässig, wenn nicht arglistig gehandelt, hinsichtlich der Mitteilungen über die Höhe der bezahlten Löhne. Guter Glaube des Versicherungsnehmers könne daher nicht angenommen werden. Die Gesellschaft mache mit Recht die Verwirkungsklausel geltend.

Das Bundesgericht hat am 26. Januar 1901 die Berufung des Klägers gegen dieses Urteil abgewiesen.

Nun verlangte Kuratli von Surber als Beklagten die Entschädigung, die er bei der Versicherungsgesellschaft umsonst gesucht hat, und zwar 4000 Fr. gemäss den Feststellungen der ersten Instanz im frühern Prozeß, nebst Zins seit dem Unfalltag. Zur Begründung brachte er vor, der Beklagte habe durch den Abschluss des Versicherungsvertrages die gesetzliche Haftpflicht freiwillig übernommen, indem er sich verpflichtet habe, seine Arbeiter so zu stellen, wie wenn er haftpflichtig wäre. Der Beklagte sei auch verpflichtet gewesen, das Seinige zu thun, damit der Versicherungsvertrag wirksam bleibe. Der Kläger sei mit seiner Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen worden wegen der grob fahrlässigen oder dolosen Nichtbeachtung der durch die Police dem Beklagten auferlegten Pflichten. Er sei daher dem Kläger für den Schaden verantwortlich, der auf den von der ersten Instanz gesprochenen Betrag anzusetzen sei. Eventuell folge die Schadensersatzpflicht des Beklagten aus Art. 127 des Obligationenrechtes. Der Beklagte habe die Leistung eines Dritten, der Gesellschaft, versprochen, und diese sei nun nicht erfolgt. Ganz eventuell werde die Klage auf Art. 50 ff. des Obligationenrechtes gestützt.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Eine freiwillige Übernahme der Haftpflicht seitens des Beklagten gegenüber seinen Arbeitern liege nicht vor; es fehle ein entsprechender Vertrag, aus dem etwas derartiges gefolgert werden könnte. Mit der Versicherung, die der Beklagte genommen habe, habe er seinen Arbeitern ein Geschenk machen wollen, wie er denn auch den grösseren Teil der Prämien aus eigenen Mitteln bezahlt habe. Er habe daher auch keine Verpflichtungen gehabt in Bezug auf diese Versicherung gegenüber den Arbeitern und namentlich keine Garantie dafür übernommen, daß die Gesellschaft im einzelnen Fall auch wirklich eine Entschädigung bezahle. Aus diesem Grunde komme auch Art. 127 des Obligationenrechtes nicht zur Anwendung. Eventuell sei entgegen der Auffassung des Obergerichtes und des Bundesgerichtes daran festzuhalten, dass den Beklagten kein Verschulden in der Beobachtung der Pflichten aus dem Versicherungsvertrag treffe; es habe sich nur um eine Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung der Policebestimmungen gehandelt. Auch ein ausserkontraktliches Verschulden liege nicht vor. Eventuell sei die Klageforderung ganz erheblich zu reduzieren.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Der Beklagte hat eine Kollektivversicherung für seine Arbeiter genommen, durch die diese so gestellt werden sollten, wie wenn der Betrieb des Beklagten dem Haftpflichtgesetz unterstehen würde. Es bedarf wohl keiner Ausführung, dass hierin nicht die freiwillige Übernahme der Haftpflicht seitens des Beklagten erblickt werden kann; es ist nicht einzusehen, wieso man in dem Abschluss des Versicherungsvertrages das Versprechen des Beklagten sehen will, seinen Arbeitern unter gewissen Voraussetzungen selber eine Leistung zu machen. Durch die Versicherung wollte sich der Beklagte ja gerade auch gegen die Gefahr sichern, bei Unfällen seinen Arbeitern gegenüber wenigstens moralisch zur Entschädigung verpflichtet zu sein. Der Beklagte hat auch nicht im Sinn von Art. 127 des Obligationenrechtes die Leistung eines Dritten, der Versicherungsgesellschaft, den Arbeitern versprochen. Wenn der Kläger wegen Insolvenz der Gesellschaft nichts aus der Versicherung erhalten hätte, wäre der Beklagte gewiss nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

Der Klageanspruch kann lediglich darauf gestützt werden, daß der Beklagte eine vertragliche Pflicht gegenüber dem Kläger verletzt hat, dadurch, daß er unrichtige Angaben an die Gesellschaft gemacht und hiedurch die Verwirkung des klägerischen Versicherungsanspruches herbeigeführt hat: von der Verletzung einer ausserkontraktlichen Pflicht (Art. 50 ff. des Obligationenrechtes) kann nicht die Rede sein. Es ist daher zu untersuchen, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf die Versicherung bestand und welche Pflichten dem Beklagten daraus erwuchsen.

Der Beklagte behauptet, er habe mit der Versicherung seinen Arbeitern ein Geschenk, d. h. eine wohlthätige Zuwendung machen wollen. Diese Ansicht liesse sich allenfalls vertreten, wenn der Beklagte die Kosten der Versicherung ausschliesslich aus seinen Mitteln bestritten hätte, obgleich auch in diesem Fall nicht notwendig eine bloße Liberalität angenommen werden müßte. Nun haben aber die Arbeiter des Beklagten einen erheblichen Teil der Prämie, nämlich 40 %, selber aufgebracht; damit ist die Auffassung unvereinbar, die Versicherung sei eine Liberalität des Beklagten gewesen und dieser habe seinen Arbeitern gegenüber keine Pflichten in Bezug auf die Versicherung gehabt.

Die Versicherung, die der Beklagte genommen hat, ist entweder eine Versicherung für fremde Rechnung oder ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Nimmt man das erstere an, so ist ohne weiteres klar, daß der Beklagte als Versicherungsnehmer den Arbeitern als Versicherten gegenüber nach den Rechtssätzen über Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet ist, alles zu thun, was notwendig ist, um die Verbindlichkeit und Unanfechtbarkeit der Versicherung zu gewährleisten. (Ehrenberg in Iherings Jahrbuch N. F. XVIII, S. 470 und 477.) Wesentlich dasselbe ergiebt sich, wenn man annimmt, es handle sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter mit direktem Klagerecht der Arbeiter gegen die Gesellschaft oder ohne solches. Es ist zwar nicht anzunehmen, daß der Versicherungsvertrag im Jahre 1894 auf Grund einer speziellen Vereinbarung des Beklagten mit den Arbeitern abgeschlossen worden ist. Nachdem aber einmal die Versicherung bestand und den Arbeitern bekannt war und nachdem diesen regelmässig ein Lohnabzug für die Prämie gemacht wurde, ist die Rücksicht auf die Versicherung zweifellos bei der Fortsetzung der bestehenden und beim Abschluß neuer Dienstverträge ausdrücklich oder stillschweigend massgebend gewesen. Das trifft speziell auch zu für den im Jahre 1898 in den Dienst des Beklagten getretenen Kläger. Es muß daher angenommen werden, daß durch die Versicherung die beim Abschluß bereits bestehenden Dienstverträge modifiziert und die seither abgeschlossenen Dienstverträge in ihrem Inhalt mit bedingt worden sind, d. h. daß Rechte und Pflichten des Beklagten und der Arbeiter aus dem Dienstvertrag in Bezug auf die Versicherung bestehen. Für den Beklagten besteht vor allem die Verpflichtung, alles zu thun, was notwendig ist, damit die Verbindlichkeit und Unanfechtbarkeit der Versicherung gewährleistet ist.

Diese Pflicht hat der Beklagte dem Kläger gegenüber verletzt. Durch die Urteile des Obergerichtes und des Bundesgerichtes i. S. Kuratli c. Préservatrice ist festgestellt, daß der Beklagte die ihm gemäß den Versicherungsbedingungen obliegende Anzeigepflicht bezüglich der Höhe der ausbezahlten Löhne grob fahrlässig, wenn nicht dolos, mißachtet hat, dadurch, dass er zu wenig Löhne angegeben hat. Diese Handlungsweise des Beklagten hat direkt zur Folge gehabt, daß der Anspruch des Klägers auf eine Entschädigung aus der Versicherung für seinen bleibenden Nachteil verwirkt war.

2. Der Schaden, der dem Kläger dadurch erwachsen ist, ist gleich dem Betrage, den er aus der Versicherung als Unfallentschädigung hätte erhalten sollen, sei es direkt von der Gesellschaft oder durch die Vermittlung des Beklagten. Diese Entschädigung ist im Prozesse Kuratli c. Préservatrice vom Bezirksgericht, gestützt auf das ärztliche Gutachten und in Berücksichtigung des vom Kläger bezogenen Lohnes auf Fr. 4000. — nebst Verzugszinsen festgesetzt worden. Es besteht keine Veranlassung, von dieser Feststellung abzuweichen; insbesondere können von der Entschädigung für bleibenden Nachteil die Spitalkosten nicht abgezogen werden. Der vom Kläger erlittene Schaden beträgt also 4000 Fr., nebst 5 % Zins seit 5. Dezember 1899. In diesem Betrag ist daher die Klage gutzuheißen.

(21. März 1901. J. Kuratli c. W. Surber.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Juni 1901. XX. Band. No. 11.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postanstalten** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen **Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; **für** Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteile des Kassationsgerichtes Zürich betr. a) Vertragsanfechtung, b) Nachlassvertrag. II. Zwei Kompetenzentscheide des Handelsgerichtes Zürich. III. Entscheid des Appellationsgerichtes Baselstadt betr. Werkvertrag. IV. Entscheid des zürch. Obergerichtes betr. Parteivertretung. V. Rechtslitteratur.

Kassationsgericht des Kts. Zürich.

I. Vertragsanfechtung.

Einrede des Betruges. Unrichtige Angaben des Verkäufers über die Mieterträgnisse. Der betrogene Käufer hat das Recht, auch wenn er den Kauf halten will, eine Schadenersatzklage, gestützt auf Art. 24 Obl.-R. geltend zu machen. Die Zusicherung einer bestimmten Mietzinssumme ist nicht eine dem Kaufsobjekte innewohnende Eigenschaft.

Mit Datum vom 6. Januar 1898 schlossen die Parteien zusammen einen Tauschvertrag über Liegenschaften. Die Liegenschaft, welche der Kläger Schmid eintauschte, wurde zu Fr. 105,000.— angeschlagen. Der Vorderrichter hat rechtskräftig festgestellt, daß dabei der Beklagte doloserweise dem Kläger die Mieterträgnisse dieser Liegenschaft um Fr. 320. — per Jahr zu hoch angesetzt habe. Der Kläger belangte wegen dieser Täuschung den Beklagten auf Schadenersatz, und die erste Instanz sprach ihm diesfalls eine Entschädigungssumme von Fr. 7000. — zu. das Obergericht aber wies auf erfolgte Appellation des Beklagten hin die Klage ab mit folgender Begründung:

In Frage kommen könne nur das negative Vertragsinteresse und solches sei gar nicht behauptet worden. Nach der durch Theorie und Praxis dem Art. 28 des Obligationenrechtes gegebenen Auslegung (v. Thur in Zeitschrift f. schweiz. Recht Bd. XVII S. 1 ff.) sei ein ertrogener Vertrag nicht nur anfechtbar, sondern unverbindlich für den Betrogenen, er könne also auch den Betrogenen nicht schädigen, der ihn ja nicht zu halten brauche. Für die Unterscheidung, welche v. Thur dabei machen wolle zwischen dolus causam dans und dolus incidens biete das Gesetz keine Handhabe; der betrogene Teil würde ja durch seine Klage thatsächlich bessere Vertragsbedingungen erreichen als die vereinbarten. Es müsse vielmehr der Vertrag für den betrogenen Teil in allen Fällen unverbindlich sein, in denen er durch den Betrug getäuscht worden sei. Danach könne die Klage nicht auf Art. 50 des Obligationenrechtes gestützt werden. Auch die Minderungsklage des Art. 243 sei nicht begründet; denn die Angabe des Verkäufers eines Gebäudes, dasselbe trage eine bestimmte Summe an Mietzinsen ein, sei nicht die Zusicherung einer dem Kaufsobjekte innewohnenden Eigenschaft (vgl. Rech.-Ber. des Ober-Ger. 1888 Nr. 118 und H. E. Bd. XVI p. 122).

Hingegen erhebt der Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde.

1. wegen offenbaren Widerspruchs mit den Art. 28 und 50 des Obl.-Rechtes,
2. wegen offenbaren Widerspruchs mit Art. 243 des Obl.-Rechtes,
3. wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch Nichtanwendung des Art. 50 des Obl.-Rechtes.

Die Kassationsbeschwerde wurde für begründet erklärt und die Klage gutgeheißen.

Gründe:

1. Von den angegebenen Nichtigkeitsgründen erscheint der der Verletzung des Art. 243 des Obligationenrechtes von vornherein als unzutreffend. Der Vorderrichter hat mit Recht darauf hingewiesen, daß dieser Artikel körperliche Eigenschaften der Kaufsache betreffe, wie auch das Handels- und das Kassationsgericht schon ausgesprochen haben, daß aber über die körperlichen Eigenschaften der Kaufsache im vorliegenden Falle gar keine Differenz bestehe, und nur über den Preis, um welchen diese verwertet werden können, eine Täuschung stattgefunden habe.

2. Ebenso ungerechtfertigt ist die Behauptung, der Vorderrichter habe der Berufung des Klägers auf Art. 50 des Obligationenrechtes das Gehör verweigert; denn der Vorderrichter ist ausdrücklich auf diesen Artikel eingegangen und hat erklärt, warum er ihn nicht für zutreffend halte.

3. Dagegen erscheint die Ausführung des Vorderrichters, daß die Klage nach dem schweiz. Obligationenrecht überhaupt nicht zulässig sei, als rechtsirrtümlich. Mag man nach Art. 24 des Obl.-R. den betrüglichen Vertrag als einen anfechtbaren oder mit v. Thur als einen relativ nichtigen erklären, so steht jedenfalls fest, daß dem Betrogenen stets das Recht zusteht, den Vertrag geltend zu machen; und nun deutet gar nichts darauf hin, daß er durch die Geltendmachung auf seinen Schadenersatzanspruch verzichte. Im Gegenteil erklärt ja Art. 28 Abs. 2 ausdrücklich, daß die Genehmigung eines wegen Betruges unverbindlichen Vertrages den Anspruch auf allfälligen Schadenersatz nicht ohne weiteres ausschließe. Das kann wohl nur so verstanden werden, daß diese Genehmigung nur dann den Schadenersatzanspruch ausschließt, wenn in ihr ein Verzicht auf denselben gefunden werden muß, was oft der Fall sein mag, in vorliegender Sache aber zweifellos nicht zutrifft.

4. Die Argumentation des Vorderrichters, daß nur das negative Interesse von dem betrogenen Teile geltend gemacht werden könnte, weil er ja das Geschäft einfach nicht zu genehmigen brauche, ist unzutreffend. Hat der Betrogene das Recht, das Geschäft aufrecht zu erhalten und dazu Schadenersatz zu verlangen, so kann daraus, daß er auch anders hätte vorgehen dürfen, kein Anspruch gegen ihn hergeleitet und sein Schadenersatzanspruch nicht bemängelt werden. Wenn auch der Vorderrichter entgegen v. Thur darin Recht haben sollte (was dahingestellt bleiben mag), daß nach dem schweizerischen Obligationenrecht zwischen dolus causam dans und dolus incidens kein Unterschied zu machen sei, so ist eben in allen Fällen dem Betrogenen die Wahl zwischen Rücktritt mit Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses und Aufrechthaltung des Vertrages mit positivem Erfüllungsinteresse zu lassen; niemals aber kann neben der Geltendmachung des Rechtsgeschäftes das negative Vertragsinteresse verlangt werden, als ob es nicht zu Stande gekommen und dadurch dem Betrogenen ein Schaden erwachsen wäre. Wenn der Vorderrichter ferner sagt, daß der Betrogene ja durch die Schadenersatzklage thatsächlich bessere Vertragsbedingungen erreichen würde, als die vereinbarten, so ist das ganz richtig, aber auch ganz in Ordnung, weil der Betrogene auf die offerierten Vertragsbedingungen nur infolge des Betruges eingegangen ist, kann er günstigere Bedingungen, auch den Ersatz des ihm durch den Betrug verursachten Schadens verlangen.

5. Der Schluß des Vorderrichters, daß, weil der Vertrag für den Betrogenen unverbindlich sei, die Klage nicht auf Art. 50 des Obl.-R. gestützt werden könne, ist somit nicht gerechtfertigt. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Betrug und dem Schaden, den der Betrogene erlitten hat, wird dadurch nicht aufgehoben, daß dieser, von dem ihm

zustehenden Wahlrecht Gebrauch machend, das eine der ihm zustehenden Rechtsmittel ergreift, während er auch das andere hätte ergreifen und damit eine andere, vielleicht ebenso, vielleicht weniger empfindliche Art des Schadenersatzes herbeiführen können, denn das ist eben sein Recht.

Es ist auch gar nicht abzusehen, warum dem Betrogenen die Aufrechthaltung des Geschäfts mit Ersatz des durch den Betrug verursachten Schadens verwehrt sein sollte. Wenn jemandem ein vergoldeter Ring doloserweise als massiv golden verkauft worden ist, er erfährt den Betrug, der Ring gefällt ihm aber und er will ihn behalten, aber selbstverständlich nicht als massiv, sondern nur als vergoldet bezahlen, warum soll er das nicht thun können? würde das nicht eine Ermunterung für die Betrüger sein, die höchstens die Wiederaufhebung des Geschäftes neben dem negativen Vertragsinteresse, das oft gleich Null ist, riskieren würden?

6. Damit stimmt auch Gerichtspraxis wie Wissenschaft überein. Das Bundesgericht erklärte in Sachen Wittmann c. Landquart, B. E. Bd. XXII p. 485 Erw. 4: „Während beim Willensmangel des Irrtums die Rechte des Irrenden nur auf Aufhebung des Vertrags und Rückgabe des Geleisteten gehen, ist beim Willensmangel des Betruges der Verletzte nicht auf diese Rechte beschränkt, sondern es steht ihm auch ein Recht auf Schadenersatz gegen die Urheber der Täuschung zu, welches Recht geltend gemacht werden kann, sowohl wenn der Getäuschte das Anfechtungsrecht verwirkt und damit den Vertrag genehmigt hat, als wenn der Vertrag im allgemeinen Einverständnis aufgehoben worden ist u. s. w.

Der bernische Appellations- und Kassationshof erklärte in einem Urteil vom 13. November 1896, (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. XXXIII S. 405.) „daß der Beklagte sich auf die widerklageweise Geltendmachung eines bloßen Schadenersatzanspruches (wegen Betrugs) beschränken konnte und nicht gleichzeitig die Aufhebung des durch Betrug zu Stande gekommenen Kaufvertrages zu verlangen brauchte, liegt auf der Hand". Der nämliche Gerichtshof hat schon 1893 erkannt (das. Bd. XXIX S. 233.): „Von einer Anfechtung des Vertrages kann nicht mehr die Rede sein, da der Beklagte den Vertragsgegenstand weiter veräußert und hiedurch darauf verzichtet hat, die Unverbindlichkeit des Vertrages geltend zu machen" .... es wird ihm als Schadenersatz die Differenz zwischen seinem Ankaufspreis und seinem Erlöse zugesprochen. Desgleichen hat das oberste Landesgericht für Bayern 1880 denjenigen, welcher beim Verkaufe seines Hauses dem Käufer dessen Mietzinsertrag betrüglicherweise zu 2016 Mark statt zu 1560 Mark angegeben hatte, den Verkäufer „zum Ersatze dieses Schadens" verpflichtet. (Seuffert Archiv Bd. VI Nr. 97.)

Ganz auf den vorliegenden Fall zutreffend sind die Gründe, aus denen das Reichsgericht zu Leipzig die Interesseforderung des über die Mietverträge getäuschten Hauskäufers gerichtet auf Ermäßigung des Kaufpreises unter Vernichtung des abweichenden Erkenntnisses des Vorderrichters gutgeheißen hat. Es sagt:

„Der Kläger verlangt nicht Schadensersatz dafür, daß er künftig geringere Mieten erheben werde als vorausgesetzt, sondern er will einen Ersatz dafür, daß der Beklagte ihn betrüglich verleitet habe, eine höhere Valuta zu bewilligen, als geschehen wäre, wenn der Beklagte ihn nicht getäuscht hätte. Der Kläger ist durch die Bewilligung eines zu hohen Preises, und zwar in demjenigen Betrage geschädigt, um welchen bei Zugrundelegung der wirklichen Mietserträge der Preis niedriger ausgefallen sein würde. Dabei bleibt an und für sich der objektive Wert des Grundstückes ohne Einfluß, ebenso der Umstand, daß die Mietserträge eine schwankende Natur haben und daß der Kläger möglicherweise später die ihm vom Beklagten vorgespiegelten Erträge herauswirtschaften kann; er ist geschädigt, wenn der Preis thatsächlich auf Grundlage der augenblicklichen Mietserträge vereinbart wurde und er bezüglich dieser Grundlage vom Beklagten getäuscht worden ist. Dann hat er für den unter dem Einfluß des vom Beklagten erregten Irrtums bewilligten Preis ein minder wertvolles Objekt erworben, als er erwerben wollte und zu erwerben glaubte

(in Wahrheit: zu erwerben vertraglich berechtigt war); auch wenn der Handel immerhin noch vorteilhaft für ihn war, so war er es doch nicht in dem Grade, als er voraussetzte und voraussetzen durfte."

Dieser Begründung schloß sich auch das oberste Landgericht für Bayern an in einem ganz ähnlichen Falle vom Jahr 1892 (Seuffert Archiv Bd. XVIII pag. 131), und so auch wieder in einem Entscheide von 1899 (das. Bd. XXIV Nr. 139 p. 265).
Hafner sagt in seinem Kommentar zu Art. 28 Ziff. 5 ganz allgemein, daß in den Fällen der Art. 24—27 auch Art. 50 des O. R. zur Anwendung komme; vergl. auch Rossel, manuel du droit féd. des obl. Nr. 48.

Der Vorderrichter sagt selbst, daß die Motive zum Entwurf für ein bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands die vorwürfige Frage anders als er beantworten; er glaubt aber, das hänge damit zusammen, daß das bürgerliche Gesetzbuch den betrüglichen Vertrag nur als anfechtbar, nicht als nichtig erkläre. Allein dies ist unrichtig, der Vorderrichter übersieht dabei, daß das schweizerische Obligationenrecht den betrüglichen Vertrag nur für den Betrogenen als unverbindlich erklärt, und das bürgerliche Gesetzbuch § 142 Abs. 1 bestimmt:

„Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen;" es hätte also nach diesem Gesetzbuche ganz mit dem gleichen Recht oder Unrecht wie nach dem schweiz. Obligationenrecht gesagt werden können, der Vertrag habe „eine schädigende Wirkung dem gegenüber nicht ausüben können, der ihn nicht zu genehmigen brauchte."

Vgl. auch für das gemeine Recht Regelsberger Pand. pag. 537, wo, wie bei v. Thur zwischen dolus causam dans und dolus incidens unterschieden und gesagt wird, im erstern Falle kann der Betrogene nach Wahl Aufhebung der Obligation und Ersatz des ihm zugefügten Schadens oder Schadenersatz unter Aufrechthaltung der Obligation fordern, im zweiten Fall nur das letztere.

7. Indem der Vorderrichter nun den Schadenersatzanspruch des Betrogenen gegen den Betrüger auf das negative Vertragsinteresse beschränkt, setzt er sich in offenbaren Widerspruch mit den nach § 1089 des privatrechtlichen Gesetzbuches als kantonales Recht geltenden §§ 28 und 50 des O. R., welche dem Betrogenen vollen Schadenersatz zusprechen. Es muß daher sein Urteil gemäß § 704 Ziff. 9 des Prozeßgesetzes vernichtet werden, und hat gemäß § 712 das. das Kassationsgericht an dessen Stelle ein neues Urteil zu fällen. Die erste Instanz hat den durch den Betrug des Beklagten dem Kläger verursachten Schaden auf Fr. 7000.— angesetzt, indem sie die Proportion aufstellte, daß der angebliche sich zum wahren Mietzinsertrag verhalte wie der vereinbarte Kaufpreis zu dem nun festzusetzenden und dann die sich ergebende Differenz noch etwas reduzierte. Diese Berechnungsweise erscheint als richtig. Sie stimmt auch überein mit der oben wiedergegebenen Begründung des Reichsgerichts und ebenso mit der des obersten Landgerichtes für Bayern welches folgende Berechnungsweise billigt: „Das Gutachten von Sachverständigen hat, da Kläger nach dem Verhältnis des für ein mit 6300 M. sich rentierendes Haus gezahlten Kaufpreises von 160000 M. für das nur 2324 M. rentierende Haus 138929 M. zu zahlen gehabt hätte, den Schaden der Kläger auf 21,000 M. berechnet." Im Betrage von Fr. 7000 ist also, da andere Differenzpunkte bereits ausgeglichen sind, die Forderung des Klägers noch gutzuheißen Von diesem Betrage sind dem Kläger Zinsen vom Datum des erstinstanzlichen Urteils d. h. dem 25. Januar 1899 an, zuzusprechen, da solche für die frühere Zeit nicht verlangt worden sind.

(30. April 1900 Schmid c. Bolliger.)

II. Nachlassvertrag.

Wirkung desselben gegenüber den Indossanten eines auf den Kridaren gezogenen Wechsels.

Der Beschwerdesteller A. W. hat mit seinen Gläubigern einen außergerichtlichen Nachlaßvertrag zu 30 % abgeschlossen. Diesem Nachlaßvertrag haben am 22. Oktober 1900 auch die Beschwerdegegner Fäh und

Stierli zugestimmt, welche an A. W. eine Forderung von Fr. 359. 50 hatten. Außerdem befand sich zu jener Zeit eine Tratte von 1820 Fr. per 15. Oktober 1900 in den Händen des schweizerischen Bankvereins als letzter Wechselgläubiger, gezogen von der Firma Schäppi und Schweizer in Zürich III auf den Beschwerdesteller A. W. Diese Tratte war von Schäppi und Schweizer am 17. Juli an Fäh und Stierli und von diesen am 9. August an den schweizerischen Bankverein indossiert worden. Nach der eigenen Darstellung des Beschwerdestellers A. W. wurden die Zustimmungserklärungen zum Nachlaßvertrag nicht auf Grund eines Schuldenverzeichnisses nachgesucht, sondern die in Händen des W.'schen Vertreters befindliche Gläubigerliste bildete nur den ersten Entwurf eines Passivetats, der in manchen Beziehungen noch Berichtigungen erfahren haben soll. Der Beschwerdesteller behauptet denn auch nicht, daß die fragliche Wechselschuld in dieses Gläubigerverzeichnis Aufnahme gefunden habe, und jedenfalls waren die Beschwerdegegner Fäh und Stierli darin nur bezüglich ihrer Forderung von Fr. 359. 50 als Gläubiger aufgeführt. Am 23. Oktober wurde der fragliche Wechsel, der am Verfalltage von A. W. nicht eingelöst worden war, an Fäh und Stierli retourniert und sodann von ihnen bezahlt. Sie belangen nun unter Überspringung ihres Vormannes „Schäppi und Schweizer" den Beschwerdesteller, und zwar für den vollen Betrag. Der Grund dieses etwas eigentümlichen Vorgehens liegt, wie in der Nichtigkeitsbeschwerde von W. selbst gesagt wird, nur darin, daß sie damit ihrem Vormann eine Gefälligkeit erweisen wollten, und nicht etwa darin, daß dieser bezüglich der fraglichen Post dem Nachlaßvertrage zugestimmt hätte. Im Gegenteil haben die Beschwerdegegner ausdrücklich behauptet, die Zustimmungserklärung der Firma Schäppi und Schweizer zum Nachlaßvertrag sei nur für deren Forderung von Fr. 3759. 20 erfolgt, während sie diesen Wechsel noch überdies zu fordern haben, und diese Behauptung ist vom Beschwerdesteller nicht bestritten worden. Gegenüber der wechselrechtlichen Betreibung der Firma Fäh und Stierli für die Forderung von 1820 Fr. nebst Zins und Kosten verlangte nun W. Rechtsvorschlag für den Betrag von auch 70 %, weil der Nachlaßvertrag sich auf diese Forderung beziehe. Die Rekurskammer hat jedoch diesen Rechtsvorschlag verweigert. Zur Begründung dieses Entscheids führt sie folgendes an:

Der Beschwerdesteller A. W. habe nicht bewiesen, dass der Nachlaßvertrag sich auch auf die Wechselforderung von 1820 Fr. bezogen habe. Allerdings seien Fäh und Stierli auch nach der Weiterindossierung der Tratte bedingt Kreditorin geblieben, nämlich auf den Fall der Wiedereinlösung durch sie selbst, aber am 22. November, als sie den Nachlaßvertrag abschlossen, sei noch der schweizerische Bankverein Wechselgläubiger gewesen. Es könne sich daher nur fragen, ob sie den Willen gehabt haben, einen Nachlaß von 70 % auf den Fall hin zu bewilligen, daß die Tratte wieder von ihnen eingelöst werden müßte. Dies sei unwahrscheinlich, denn sie haben wegen ihres Regresses auf Schäppi und Schweizer keine Veranlassung dazu gehabt. Damit harmoniere die Thatsache, daß sie in dem Gläubigerverzeichnis nur als Inhaber einer Forderung von Fr. 359. 50 aufgeführt seien. W. sei auch nicht im Falle, beweisen zu können, daß am 22. Oktober zwischen den Parteien über die streitige Wechselforderung gesprochen worden sei; er sei sogar den Beweis dafür schuldig geblieben, daß er davon Kenntnis gehabt habe, daß die Tratte sich vor dem 22. Oktober einmal im Besitze der Rekurrentin befunden habe. Allerdings behaupte er, ein Vertreter der Firma Fäh und Stierli habe ihm diese Thatsache am 22. Oktober mitgeteilt, sage aber nicht einmal, wie dieser Vertreter heiße. Schließlich haben Fäh und Stierli behauptet, daß ihnen am 22. Oktober von der Nichteinlösung der Tratte noch nichts bekannt gewesen sei, und das Gegenteil habe man ihnen nicht nachweisen können.

Gegen diesen Entscheid erhebt W. die Nichtigkeitsbeschwerde. Er bringt vor: Nach der bei den Rechtsgelehrten und in der Handelswelt geltenden Ansicht sei ein Wechselindossatar Wechselgläubiger, solange er gewärtigen müsse, auf dem Regreßwege belangt zu werden. Fäh und Stierli seien

sich dessen wohl bewußt gewesen, und er habe kurze Zeit vorher mit ihnen darüber gesprochen. Er habe dies stets behauptet, aber er besitze hierüber keine Urkunden, und mit andern Beweismitteln sei er im summarischen Verfahren ausgeschlossen.

Es liege Verweigerung rechtlichen Gehörs vor, weil die Ausführungen seines Anwalts in der Rekursbeantwortungsschrift und die daselbst citierte Litteratur ignoriert worden seien und zudem Verletzung klaren Rechts. Endlich sei der Entscheid auch auf aktenwidrige Thatsachen gestützt, weil durch die Akten festgestellt sei, daß die Gegenpartei zur Zeit der Abgabe der Zustimmungserklärung zum Nachlaßvertrag Wechselgläubiger gewesen sei, wenn auch ihr Gläubigerrecht hinsichtlich seiner Geltendmachung durch die Wiedereinlösung bedingt war.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde jedoch abgewiesen.

Gründe:

Der außergerichtliche Nachlaßvertrag, den ein einzelner Gläubiger mit seinem Schuldner abschließt, ist ein selbständiger Vertrag, so daß es lediglich vom Willen der Vertragsparteien abhängt, auf welche Forderungen sich der bewilligte Nachlaß beziehen soll. Wenn daher die Forderungen nicht genannt sind, so muß untersucht werden, welches nach dem Willen der Vertragsparteien diese Forderungen waren, auf welche sich der Nachlaß bezieht. Nun mag im vorliegenden Falle wohl der Schuldner dabei an die fragliche Wechselforderung gedacht haben, obschon auffällt, daß er diese bedeutende Forderung nicht ins Gläubigerverzeichnis aufgenommen hat. Allein das gleiche steht nach den Erwägungen der Vorinstanz keineswegs fest bezüglich des Gläubigers. Was die Vorinstanz anführt, um diese Vertragsinterpretation zu rechtfertigen, insbesondere, daß Fäh und Stierli im Glauben sein konnten, der am 15. Oktober fällige Wechsel sei von Wachter eingelöst worden, da sie am 22. Oktober noch keine Anzeige von der Nichteinlösung hatten, und daß diese Wechselschuld in dem Schuldenverzeichnis des Wachter nicht figurierte, ist durchaus aktengemäß, und die Würdigung dieser aktengemäßen Thatsachen in dem Sinne, daß dadurch der Wille der Firma Fäh und Stierli, auch bezüglich dieser Forderung einen Nachlaß von 70 % gegenüber dem Wechselschuldner — selbstverständlicherweise natürlich nicht auch gegenüber ihrem direkten Vormann, der Firma Schäppi-Schweizer — zu bewilligen, ausgeschlossen sei, läßt sich mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht anfechten. Die allerdings durchaus richtige Rechtsanschauung, daß der Indossant eines Wechsels bis zur Einlösung desselben Wechselgläubiger gegenüber seinen Vormännern bleibe, begründet eben bloß eine Vermutung dafür, daß sich der fragliche Nachlaßvertrag auch auf die Wechselforderung von 1820 Fr. beziehe, diese Vermutung wird aber nach der Würdigung der Vorinstanz durch andere durchaus aktengemäße Momente entkräftet, und diese Beweiswürdigung bildet, selbst wenn sie unrichtig sein sollte, keinen Nichtigkeitsgrund.

(18. Febr. 1901.)

Handelsgericht des Kts. Zürich.

Kompetenz.

§ 95 G. b. Rpfl.

I. Die Lehner Artificial Silk Co. Ld. Bradford erwarb s. Z. von Dr. Lehner in Zürich dessen schweizerisches und deutsches Patent für eine von diesem erfundene Kunstseide und errichtete hierauf in Glattbrugg eine Fabrik, zunächst zur Erprobung dieser Erfindung und sodann zur Fabrikation der Lehnerschen Kunstseide. Anfangs 1897 bildete sich unter Führung des J. G. Hürlimann in Zürich V eine Gruppe von Interessenten, die mit der Lehner A. Silk Co. über die Abtretung der genannten Patente und den Erwerb der Fabrik in Glattbrugg unterhandelte. Nachdem die Parteien sich hierüber geeinigt hatten, konstituierte sich zum genannten Zweck am 14. April 1897 unter der Firma „Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg“ eine Gesellschaft, die am gleichen Tage mit der Lehner A. Silk Co. einen Kaufvertrag abschloss;

hiedurch erwarb sie von dieser die Liegenschaft in Glattbrugg mit der maschinellen Anlage u. s. w., ferner die Lehnerschen Kunstseidepatente für die Schweiz und Deutschland, nicht aber die vorhandenen Rohstofffabrikate und ausstehenden Forderungen. Laut § 2 des Vertrages wurde als Kaufpreis vereinbart: Die Übergabe eines auf die Fabrik in Glattbrugg auszustellenden Schuldbriefes von Fr. 250,000 und sodann von nom. Fr. 400,000 in 400 Anteilen à nom. Fr. 1000 der Genossenschaft, „deren successive Einzahlung gemäß den Statuten der Genossenschaft und dem Beschlusse ihres Aufsichtsrates jeweilen als geschehen zu betrachten ist." — Gemäß § 5 der Statuten der Genossenschäft wurden bei der Gründung nur 20 % des Genossenschaftskapitals eingefordert, kurz darauf aber noch weitere 10 %, so daß die Anteilscheine mit Fr. 300 einbezahlt wurden, weitere Anzahlungen fanden nicht statt. — Nachdem das Geschäft bis Ende 1898 ungünstige Resultate gehabt hatte, ergab sich für das Rechnungsjahr 1899 ein bedeutender Gewinnüberschuß; das weitere Gedeihen des Geschäftes wurde dann aber namentlich durch die Konkurrenz eines anderweitigen Fabrikationsverfahrens nach einem Patent Chardonnet, welches von einer Fabrik in Spreitenbach ausgeübt wurde, stark gefährdet. Beide Etablissemente suchten nach einer Verständigung und diese kam dann in der Weise zu stande, daß beide ihre Patente und Geschäfte den zu diesem Zwecke neugegründeten „Vereinigten Kunstseidefabriken A. G. Frankfurt a. M." abtraten, wogegen diese nom. Mk. 384,000 ihrer Aktien an die Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg auszurichten und die auf deren Fabrik haftende Hypothek zu übernehmen hatte. Dieser Vertrag wurde von der genannten Genossenschaft in ihrer Generalversammlung vom 8. Januar 1900 genehmigt und gleichzeitig die Liquidation der Genossenschaft beschlossen und diese dem Aufsichtsrat übertragen, bestehend aus J. G. Hürlimann, Prof. Dr. A. Schneider in Zürich und O. Behrend in London. Im Mai oder Juni 1900 wurde die Genossenschaft im Handelsregister gelöscht. Nach § 20, Abs. 2 ihrer Statuten bedarf es zur Beschlussfassung des Aufsichtsrates der Mitwirkung dreier Mitglieder oder Ersatzmänner desselben.

Die Lehner A. Silk Co. verlangte nun durch Klage beim Handelsgericht Zürich, dass die Genossenschaft Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg verpflichtet werde, 1. von deren Liquidationsergebnis ihr vorab einen Betrag von Fr. 700 für jeden der in ihrem Besitze befindlichen 172 Anteilscheine der aufgelösten Genossenschaft, eventuell einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag nebst Verzugszins herauszugeben, und sodann 2. den verbleibenden Rest des Liquidationsergebnisses auf sämtliche 1200 Anteilscheine der aufgelösten Genossenschaft gleichmässig zu verteilen. Dies wurde in Kürze damit begründet, daß laut dem zwischen den Parteien am 14. April 1897 abgeschlossenen Kaufvertrage die Klägerin bei der Verteilung des Vermögens der Genossenschaft zunächst einen Anspruch auf Zuweisung der von dem auf die übrigen Anteile eingezahlten Betrage bis zum Nominalbetrage noch fehlenden Summe von Fr. 700 auszurichten habe, und sodann mit Bezug auf den verbleibenden Rest des Genossenschaftsvermögens eine der in ihrem Besitz befindlichen Zahl von Anteilen entsprechende Quote, — während die Beklagte einwendete, beim genannten Kaufvertrag sei es nicht die Willensmeinung gewesen, dass die Klägerin für die ihr überlassenen Anteilscheine in der behaupteten Weise einen Anspruch auf Liberation gehabt hätte, sondern nur, daß dieselben von irgendwelchen den übrigen Genossenschaftern auf ihre Anteile auferlegten Einzahlungen befreit seien.

Zur Begründung der Kompetenz des Handelsgerichtes brachte die Klägerin vor, es handle sich um einen Streit zwischen der beklagten Genossenschaft und einzelnen Genossenschaftern über die Verteilung des Liquidationsergebnisses, also um eine Handelssache.

Die Beklagte bestritt dagegen die Kompetenz des Handelsgerichtes und machte hiefür geltend: In persönlicher Beziehung sei die Zuständigkeit nicht vorhanden, weil sie schon vor Einleitung der Klage mit Zustimmung der Kläger im Handelsregister

gelöscht worden sei. Sachlich sei die Inkompetenzeinrede begründet, weil es sich keineswegs um einen Streit zwischen der Klägerin als Mitglied der Genossenschaft und dieser letztern handle und der Prozeß sich nicht auf Rechte der Klägerin als Genossenschafterin beziehe, sondern auf ihre Ansprüche aus dem abgeschlossenen Kauf über die Liegenschaft in Glattbrugg und die Lehnerschen Patente, also lediglich um eine Kaufpreisrestforderung. Der genannte Kauf sei aber nur ein Hülfsgeschäft für das Gewerbe der Genossenschaft gewesen, das nicht in die Kompetenz des Handelsgerichtes falle.

Das Handelsgericht erklärte sich aber als zuständig.

Gründe:

Es kann zunächst in persönlicher Beziehung kein begründeter Zweifel an der Zuständigkeit des Handelsgerichtes bestehen. Zwar ist die beklagte Genossenschaft heute nicht mehr im Handelsregister eingetragen; die Gerichtspraxis hat aber den § 95 G. b. Rpfl. stets dahin ausgelegt, dass es hiernach daran genüge, wenn die beklagte Partei zur Zeit der Entstehung der eingeklagten Rechtsverhältnisse im Handelsregister eingetragen war, was hier zutrifft (vgl. Sträuli, Kom. z. G. b. Rpfl. z. § 95, Anm. 6, Nr. 2 u. 5).

In sachlicher Beziehung ist gemäß § 95 G. b. Rpfl. für die Kompetenz des Handelsgerichtes vorausgesetzt, daß der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe. Der beklagtische Anwalt hat nun darzuthun versucht, daß es sich im vorliegenden Falle um eine reine Kaufsklage handle, nämlich um den Anspruch auf den Rest des Kaufpreises für die von der Klägerin an die Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg verkaufte Liegenschaft nebst Zubehörden, sowie die Lehnerschen Kunstseidepatente für die Schweiz und Deutschland, und dieses Geschäft stelle sich als bloßes Hülfsgeschäft für den Gewerbebetrieb der beklagten Genossenschaft dar, — für welche das Handelsgericht seine Kompetenz allerdings stets verneint hat (vgl. Handelsrechtl. Entsch., Bd. XX, S. 72 und die dort cit. Entscheidungen). Das Handelsgericht hat nun zwar auch den Kauf eines ganzen in den Geschäftsbereich des Beklagten fallenden Etablissements als auf den Gewerbebetrieb des letztern bezüglich erklärt (Sträuli, Suppl. z. Kom. z. G. b. Rpfl. z. § 95, Nr. 6); aber es erscheint als zweifelhaft, ob es sich hier um eine derartige Geschäftsübernahme handle, da die vorhandenen Rohstofffabrikate und ausstehenden Forderungen vom Kauf ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Würde es sich, wie der beklagtische Anwalt meint, bloß um einen Liegenschaftenkauf handeln, so könnte hierbei auch offenbar nicht von einem „Handelsverhältnis überhaupt“ die Rede sein, worunter, wie das Handelsgericht erklärt hat, die sog. absoluten Handelsgeschäfte zu verstehen sind (vergl. Handelsr. Entsch., Bd. XX, S. 72, Bd. XVIII, S. 171 u. 313).

Für die Natur des eingeklagten Anspruches ist aber von wesentlicher Bedeutung, daß der in Frage stehende Kauf über Liegenschaften in Verbindung mit der gleichzeitigen Gründung der „Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg“ erfolgt ist und in seinem Bestand durch den letzteren bedingt war. Es handelt sich somit dabei nicht schlechtweg um einen Kauf, sondern vielmehr um eine in der genannten Form geleistete auf das Genossenschaftskapital anzurechnende Einlage, mittelst Abtretung von Anlagen und andern Vermögensstücken, sogen. „Apport“ (vergl. Art. 619 Obl.-R.), was namentlich auch durch die Art der hiefür ausbedungenen Gegenleistung, die Überlassung von Genossenschaftsanteilen, bestätigt wird. Gegenstand des Streites ist denn auch gerade, welche Ansprüche der Klägerschaft aus den noch in ihrem Besitze befindlichen Genossenschaftsanteilen mit Rücksicht auf die genannten Umstände der Abtretung an dem in der Liquidation befindlichen Vermögen der Genossenschaft zukommen. Die vorliegende Klage gleicht demnach der Klage des Gesellschafters auf Verteilung des Gesellschaftsvermögens, die in der Praxis des Handelsgerichtes als unter § 95 Ziff. 1 G. b. Rpfl. fallend erklärt worden ist (vergl. z. B. Sträuli, Kom. z. § 95 Nr. 8, lit. a), und es kann unbedenklich für dieselbe der vom Gesetz verlangte Bezug auf das Ge-

werbe der Beklagten angenommen werden. Auch erscheint dasselbe streitige Geschäft wohl als ein „Handelsverhältnis überhaupt", im Sinne eines absoluten Handelsgeschäftes.

(17. Mai 1901. — Lehner Artificial Silk Co. c. Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg.)

II. Die Eidgen. Bank A.-G. in Zürich verlangte von der Aktienbrauerei Zürich die Zahlung von Fr. 40,137. 75 nebst Verzugszins, auf Grund einer zu ihren Gunsten von der Beklagten im Verein mit Weinhändler F. Stahel in Schaffhausen eingegangene Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung für Th. Bob-Zumstein, Inhaber des Hotels Post in Zürich. Zur Begründung der Kompetenz des Handelsgerichtes führte sie an, es gehöre zum Gewerbe einer Bierbrauerei, ihren Kunden bei Beschaffung von Betriebsmitteln durch Bürgschaften u. dergl. an die Hand zu gehen.

Das Handelsgericht verneinte seine Kompetenz.

Gründe:

Das Handelsgericht hat stets daran festgehalten, dass § 95 Ziff. 1 G. b. Rpfl., wo die Kompetenz dieses Gerichtes an die Voraussetzung geknüpft wird, daß der Streit „sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe bezieht", lediglich die eigentlich zu diesem Gewerbe gehörigen, in engem, unmittelbarem Zusammenhang zu demselben stehenden Geschäfte im Auge habe, nicht aber die bloßen Hülfsgeschäfte des Handels. (Vergl. Handelsr. Entsch. Bd. XX, S. 72.) Um ein solches handelt es sich aber bei der der Klage zu Grunde liegenden Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung der Beklagten; denn ihr Gewerbe bildet die Fabrikation und der Handel mit Bier, während sie mit der im Streite liegenden Intercession lediglich den Zweck verfolgte, den Hauptschuldner Bob-Zumstein als Kunden zu gewinnen oder festzuhalten. Das Bürgschaftsversprechen erscheint daher als ein bloßes Hülfsmittel des beklagtischen Gewerbebetriebes und hat nicht den für die Kompetenz des Handelsgerichtes erforderlichen unmittelbaren, sondern nur einen mittelbaren Bezug zu demselben. — Von einem „Handelsverhältnisse" überhaupt im Sinne des § 95, Ziff. 1, G. b. Rpfl., d. h. einem absoluten Handelsgeschäfte kann hiebei aber ebenfalls nicht die Rede sein, und das Handelsgericht erscheint daher in der Sache nicht als zuständig. (19. Mai 1901.)

Appellationsgericht Baselstadt.

Werkvertrag.

Betrügerische Handlungsweise des Unternehmers, Zahlungsweigerung des Bestellers Art. 24 O. R.

Der Kirchenvorstand von St. Peter zu Basel hatte an elf Glasmalerfirmen, worunter Witwe Kuhn, die Einladung zu einer Konkurrenz für ein bemaltes Fenster in der Peterskirche erlassen. Witwe Kuhn fragte den Glasmaler Martin in Wiesbaden an, ob er ihr eine Skizze verfertigen könne, die sie unter ihrem Namen als Konkurrenzarbeit eingeben würde. Martin nahm das an, bezeichnete als Gegenstand der Skizze „Salomos Herrlichkeit" mit Beziehungen auf die Geschichte Basels und wünschte zu diesem Behuf Schriften über Basler Geschichte, die ihm Witwe Kuhn übersandte. Die Parteien verständigten sich über 1000 Mark als Preis der Skizze. Am letzten Tag der zur Einreichung der Konkurrenzentwürfe gesetzten Frist erhielt Witwe Kuhn von Martin eine Skizze, die einen ganz andern Gegenstand, „hl. Petrus", behandelte; Martin bemerkte dazu, daß ihm das neue Motiv geeigneter erschienen sei, und bat um Ausstellung eines Schuldscheines von 1200 Mark. Witwe Kuhn antwortete ihm, diese Skizze habe ihren Erwartungen nicht entsprochen, sie habe sie zwar eingegeben, verspreche sich aber keinen Erfolg davon. Nach einigem Zögern schickte sie ihm einen Schuldschein über 1000 Mark. Das für die Prämierung der eingegangenen Skizzen bestellte Preisgericht erteilte dem von Witwe Kuhn eingereichten Entwurf keinen Preis, hob dagegen mit großer Befriedigung eine Skizze mit dem Gegenstande „Salomos Herrlichkeit" hervor und empfahl dem Kirchenvorstande, derselben, wenn möglich ein

Accessit zuzuwenden, ein Preis könne ihr deshalb nicht erteilt werden, weil der stoffliche Inhalt den kirchlichen Anforderungen nicht entspreche. Als Urheber dieser Skizze ergab sich Martin in Wiesbaden. Jetzt kam zu Tage, daß Martin bei dem Kirchenvorstande nachträglich um Zulassung zur Konkurrenz eingekommen und zugelassen worden war, und dann den Entwurf „Salomos Herrlichkeit“ in eigenem Namen eingegeben und die Witwe Kuhn mit der minderwertigen zweiten Arbeit abgefunden hatte. Daraufhin verweigerte die Witwe Kuhn die Bezahlung der 1000 Mark und stellte dem Martin seine Skizze zur Verfügung. Die auf Zahlung der 1000 Mark erhobene Klage des Martin wurde von beiden Instanzen abgewiesen. Aus der vom Appellationsgericht adoptierten Motivierung des Civilgerichts ist zu entnehmen:

Die Behandlung eines andern Sujets als des vom Kläger vorgeschlagenen und von der Beklagten genehmigten konnte jedenfalls nur dann gestattet sein, wenn eine solche Änderung vom Kläger im Hinblick auf einen größeren künstlerischen Erfolg vorgenommen wurde. Nur dann stand die Änderung im Einklang mit der vom Kläger übernommenen Verpflichtung, das Beste zu liefern, was er zu stande bringen könne. Hätte nun der Kläger überhaupt nur den der Beklagten gelieferten Entwurf ausgeführt, so könnte angenommen werden, er habe sich nach reiferer Überlegung von der Behandlung des „heiligen Petrus“ für dieses Kirchenfenster mehr Erfolg versprochen als von der Behandlung des Sujets „Salomos Herrlichkeit in Verbindung mit der Geschichte Basels.“ Von dieser Betrachtung mag die Beklagte ausgegangen sein, als sie nach Empfang des Entwurfes keine auf die Wahl des Sujets bezügliche Reklamation vorbrachte, ja sogar einen Schuldschein unterzeichnete. So schlecht ihr das behandelte Sujet gefallen mochte, mußte sie doch annehmen, Kläger habe denjenigen Stoff gewählt, der ihm am passendsten schien.

Ebensowenig hatte die Beklagte, bevor sie den wahren Sachverhalt erfuhr, irgend welchen Anlaß, die Ausstellung eines Schuldscheines aus dem Grunde zu verweigern, weil die Arbeit schlecht ausgeführt sei. Denn auch bezüglich der künstlerischen und technischen Behandlung des einmal gewählten Stoffes mußte die Beklagte annehmen, der Kläger habe sein Möglichstes gethan.

Dies alles wurde anders in dem Augenblick, wo man erfuhr, daß der Kläger in eigenem Namen an der Konkurrenz teilgenommen hatte. Schon diese Thatsache, namentlich aber das vom Kläger hierüber beobachtete Stillschweigen, sowie auch der große thatsächliche Erfolg des die Herrlichkeit Salomos behandelnden, und der vollkommene Mißerfolg des von der Beklagten eingegebenen Entwurfes, lassen mit Bestimmtheit darauf schließen, daß Kläger sein ganzes Können und seine ganze Sorgfalt der von ihm in eigenem Namen eingegebenen, und nicht der an die Beklagte abgegebenen Arbeit zugewendet hat, mit andern Worten, dass er den mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag nicht erfüllt hat, und daß die Beklagte zur Ausstellung des Schuldscheines nicht verpflichtet war.

Wenn nun die Beklagte den Schuldschein trotzdem ausgestellt hat, so kann ihr nicht entgegengehalten werden, sie habe schon damals gewußt, daß die Arbeit minderwertig war, und daß der behandelte Stoff nicht der mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung entsprach. Die Kenntnis dieser Thatsachen darf der Beklagten deshalb nicht entgegengehalten werden, weil dieselben an sich nicht genügt hätten, um die Verweigerung der Ausstellung eines Schuldscheines zu rechtfertigen. Derjenige Umstand, auf Grund von dessen Kenntnis die Beklagte die Zahlung des Preises heute verweigert und die Ausstellung des Schuldscheines damals hätte verweigern können, dieser Umstand ist der Beklagten erst nach Ausstellung des Schuldscheines bekannt geworden und konnte ihr auch erst bekannt werden, als das Urteil des Preisgerichts in ihre Hände kam.

Daß aber die Beklagte den Schuldschein in Unkenntnis der Sachlage unterzeichnet hat, daran ist das Verhalten des Klägers schuld. Von dem Augenblick an, wo derselbe sich entschloß, in eigenem Namen an der Konkurrenz teilzunehmen, war es seine Pflicht, die Beklagte hievon in Kenntnis

zu setzen. Ob er dann ohne weiteres aus dem Vertrag wäre entlassen worden, ob die Beklagte für sich auf die Teilnahme an der Konkurrenz würde verzichtet haben oder ob sie darauf würde bestanden haben, daß der Kläger nur für sie arbeite, braucht hier nicht untersucht zu werden; jedenfalls würde sie nicht mit derjenigen Arbeit vorlieb genommen haben, die der Kläger für zu schlecht hielt, um sie in eigenem Namen einzugeben.

Statt nun aber seine Entlassung aus dem Vertrag nachzusuchen, verschwieg der Kläger die Wahrheit, gab die der Beklagten versprochene, zugleich die bessere Arbeit in eigenem Namen ein und lieferte der Beklagten eine andere geringere, indem er sich den Anschein gab, auf deren Erfolg zu hoffen.

Nicht nur lag in diesem Verhalten des Klägers eine Verletzung des von ihm eingegangenen Werkvertrages, woraus bereits gefolgert worden ist, daß die Beklagte zur Ausstellung des Schuldscheines nicht verpflichtet war, sondern die Beklagte kann sogar, wie sie es thut, den bereits ausgestellten Schuldschein als unverbindlich anfechten, weil sie zu dessen Ausstellung durch betrügerische Handlungen ihres Gegenkontrahenten, des Klägers, verleitet worden war. (Art. 24 O. R.)

(4. März 1901, Martin c. Witwe Kunz.)

[Revue der Gerichtspraxis des Bundescivilrechts Bd. 29 Nro. 43]

Obergericht Zürich.

Parteivertretung.

Zürch. Gesetz vom 3. Juli 1898, betr. die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes.

I. Berufsmäßige Vertretung.

Dem J. S. war als Verwalter eines dem W. B. gehörigen Hauses die Vermietung desselben, der Inkasso der Mietzinse, der Unterhalt des Gebäudes und die Aufsicht über die Mieter übertragen. In dieser Stellung reichte er dem Einzelrichter im beschleunigten Verfahren eine Klageschrift ein, auf Anerkennung einer Retentionsansprache an dem Ganterlös aus Gegenständen, die bei einer Mietfrau zu Gunsten des Hauseigentümers B. gepfändet worden waren. — Unter Hinweis auf das Rechtsanwaltsgesetz wies der Einzelrichter aber die Klageschrift zurück, in der Meinung, daß sie erst durch einen nach diesem Gesetz zulässigen Vertreter unterzeichnet werden müsse. Auf die Beschwerde des J. S. wies das Obergericht indes den Einzelrichter an, den Beschwerdeführer im Prozesse als Vertreter des W. B. zuzulassen.

Gründe:

Wenn das Gesetz betr. die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs die berufsmäßige Führung von Civil- und Strafprozessen vor den zürcherischen Gerichten von der Erwerbung eines Befähigungsausweises abhängig macht, so ist darunter nicht jede Vertretung eines Dritten vor Gericht, die jemand in Ausübung seines Berufes besorgt, zu verstehen, sondern nur die berufsmäßige Parteivertretung, die darin besteht, daß jemand aus letzterer einen Beruf macht und damit seine Dienste als Parteivertreter dem Publikum zur Verfügung stellt. — Die erstere Auffassung würde dazu führen, daß jede Vertretung durch Angestellte oder Beamtete von öffentlichen und privaten Korporationen, Handelsgesellschaften und Einzelkaufleuten als eine berufsmäßige zu erklären, also ausgeschlossen wäre, sofern der betreffende Vertreter nicht im Besitze eines Befähigungsausweises sich befindet. Dies ist aber nicht die Meinung des Gesetzes und auch seit dessen Erlaß von der Praxis niemals als solche angenommen worden.

Im vorliegenden Fall hat sich der Beschwerdeführer in glaubhafter Weise darüber ausgewiesen, daß ihm von B. die Verwaltung des betreffenden Hauses, gegen dessen Mieter die Retention geltend gemacht wird, übertragen sei; dazu gehört aber unter Umständen auch die gerichtliche Geltendmachung der Rechte des Hauseigentümers gegenüber seinen Mietern und allfällig damit in Konflikt geratenden dritten Personen. Ob der Beschwerdeführer daneben auch noch andere Häuser verwalte, also die Liegenschaftenverwaltung berufsmässig, nicht als bloßer Angestellter des B., betreibe, wie vom Einzelrichter hervorgehoben wird, erscheint als unerheblich, da auch in diesem Falle nicht von einer berufsmäßigen Parteivertretung im obenerwähnten Sinne gesprochen werden kann. Es wird z. B. auch einem kaufmännischen Agenten, der mehrere Häuser

vertritt, nicht verwehrt werden können, die Ansprüche derselben aus den von ihm vermittelten Geschäften vor Gericht zu vertreten. (18. April 1901.)

II. Disziplinarische Ahndung der Übertretung des Rechtsanwaltsgesetzes.

Es wird angenommen werden können, daß ein Gericht berechtigt sei, eine Übertretung des Rechtsanwaltsgesetzes statt durch Überweisung an das Statthalteramt behufs Verhängung einer Polizeibuße, selbst mittelst eines Verweises oder einer Geldbuße gemäß § 4 des Ordnungsstrafengesetzes zu rügen; denn es kann sicherlich unter Umständen in solchen Fällen von einer „Störung des Geschäftsganges" des Gerichtes gesprochen und wegen der Geringfügigkeit der Sache angenommen werden, das Gericht wolle vorläufig den mildern Weg der Verhängung einer Ordnungsbuße bezw. eines Verweises wählen. (2. Mai 1901.)

Rechtslitteratur.

Bucher, J. J., Rechtsanwalt in Zürich. Die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften im Kanton Zürich, nach Gesetz und Gerichtspaxis zusammengestellt und bearbeitet. Zürich 1901, im Selbstverlag des Herausgebers, 328 Seiten 8°, Preis geheftet Fr. 6. —, gebunden Fr. 8. —.

Die vorliegende Arbeit kommt einem praktischen Bedürfnis entgegen. Das im Jahre 1887 revidierte zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch ist durch das im Jahre 1892 in Kraft getretene Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, durch das zürcherische Einführungsgesetz und sodann auch durch das Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vielfach abgeändert und modifiizert worden. Das Geschreiungs- und Einzinsereiverfahren z. B. hat eine gänzliche Umgestaltung erfahren. Eine übersichtliche, wohlgeordnete Zusammenstellung der sämtlichen geltenden Gesetzesbestimmungen ist daher gewiss Manchem willkommen. Diese zunächst bietet nun der Verfasser, aber er hat den Rahmen dieser Sammlung ganz bedeutend erweitert; diese hat „die Rechtverhältnisse an Liegenschaften" im allerweitesten Sinne zum Gegenstand. Sie beginnt mit den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsanwendung, reproduziert das gesamte Obligationenrecht, soweit es zum Liegenschaftenverkehr irgendwie in Beziehung steht, ferner das öffentliche und Polizei-Recht des Grundbesitzes, weiter die bezügliche Verwaltungsgesetzgebung, insbesondere über das Notariatswesen, ja sogar das Prozessrecht. Und zwar sind nicht bloß die Gesetze selbst, sondern auch die zur Vollziehung erlassenen Verordnungen, Reglemente u. s. w., soweit hiefür auch nur irgend ein Interesse in Frage kommen kann, mitgeteilt. Der Verfasser hat sodann bei sämtlichen Vorschriften jeweilen die bezüglichen Entscheidungen der Gerichte, soweit sie durch den Druck bekannt geworden sind und zum Teil auch solche der Verwaltungsbehörden gesammelt. Diese Präjudikate sind teils im Wortlaute, teils auszugsweise so einläßlich wiedergegeben, als es wünschbar erscheint. Sie reichen bis zum Schlusse des Jahres 1900 und es ist somit hier die längst als Bedürfnis empfundene Fortsetzung der Präjudiziensammlungen von Ulmer und Dr. Wächter (letztere bekanntlich bis 1887 gehend) gegeben. Die ganze Sammlung ist nach einem System geordnet, das sich dem bisher gebräuchlichen dogmatischen nicht genau anschliesst, sondern namentlich auch praktische Bedürfnisse berücksichtigt, indes als recht gut angelegt gelten darf. Überdies ist der Stoff mittelst einer fortlaufenden Nummerfolge eingeteilt (im ganzen 1866 Nummern). Zur Übersicht dient ein chronologisches Inhaltsregister und die weitere Orientierung vermitteln sehr praktisch ein ausführliches alphabetisches und ein Gesetzesregister. Das Buch enthält somit alles, was an Material dazu gehört, um sich in jeder Hinsicht und mit Bezug auf jedes Detail die Kenntnis der zürcherischen Rechtsverhältnisse an Liegenschaften zu verschaffen. Ausser den Juristen, Richtern und Anwälten wird dasselbe namentlich auch dem Recht suchenden Publikum, Landwirten, Baumeistern, Hypothekarinstituten u. s. w. gute Dienste leisten. Die Anlage der Darstellung ist überall eine allgemein verständliche; zu diesem Zweck hat der Verfasser, soweit wünschbar, noch weitere Erklärungen beigefügt. — Nicht völlig sind wir mit dem Druck befriedigt; er scheint nicht gerade übersichtlich angelegt; auch hätte unseres Erachtens für die Präjudikate, Anmerkungen, Verweisungen u. s. w. immerhin eine grössere Schrift gewählt werden sollen. Dagegen ist das Buch recht handlich, und der Preis erscheint, angesichts der Reichhaltigkeit des Stoffes und seiner intensiven Bearbeitung, nicht zu hoch.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Juli 1901. XX. Band. No. 12.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postställen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteile des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, b) Markenrecht. II. Entscheidungen der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. a) Liegenschaftenkauf, b) Prozessrecht, c) Kompetenz. III. Differenzeinwand.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

I. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.

Legitimation des Aktionärs zur Anfechtung von solchen. Hypothekartitel sind keine „Waren." Obl. R. Art. 656, Ziff. 4 und 5.

Die Beklagte Hypothekarbank Zürich, welche im Jahre 1896 gegründet wurde, hat zum Zweck „Bankgeschäfte, vorzugsweise den Verkehr mit Hypothekartiteln zu betreiben." Unter diesem Verkehr mit Hypothekartiteln versteht sie, wie der Jahresbericht pro 1900 zeigt, speziell: „Vorschüsse gegen Hinterlage von Wertschriften, insbesondere von Schuldbriefen und Hypothekarobligationen; Darlehen auf Grundpfand; An- und Verkauf von Schuldbriefen; Annahme von Geldern gegen Obligationen und in laufender Rechnung." Der Kläger Dr. Schweitzer, ist mit einem erheblichen Aktienkapital am beklagtischen Unternehmen beteiligt.

Sein Begehren geht dahin, daß in Aufhebung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 1. März 1901:

1. die Bilanz der Beklagten per 31. Dez. 1900 als statutenwidrig und ungesetzlich
2. ein Reingewinn per 1900 als nicht vorhanden erklärt und
3. eine Dividende nicht ausgeschüttet werde.

Zur Begründung seines Antrages auf Gutheißung der Klage brachte der klägerische Vertreter vor: Die Legitimation des Aktionärs zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen unterliege im Hinblick auf Art. 627 Abs. 1 und 641 Abs. 5 Obl. R. keinem Zweifel. Dabei sei ein vermögensrechtliches Interesse an einer solchen Anfechtung nicht erforderlich, vielmehr genüge das Vorliegen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung schon an sich zur Anhebung der Klage.

In materieller Beziehung werde behauptet, die Bilanz sei gesetz- und statutenwidrig aufgestellt, indem sie:

a) einen Reingewinn aufweise, der nicht da sei, und

b) eine Dividende vorsehe, welche nicht vom Reingewinn genommen werden könne. Die Unrichtigkeit der Bilanz pro 1900 liege darin, daß die der Beklagten zu Eigentum gehörenden Schuldbriefe viel zu hoch gewertet seien. Die Beklagte erwerbe diese

Titel nämlich stets mit Einschlägen, buche dieselben dann aber unter ihren Aktiven zum vollen Nennwert und setze die Differenz zum Anschaffungswert als effektiven Gewinn im Zins- und Provisionskonto ein, gleichgültig, ob der betreffende Brief erst nach Jahren fällig werde, und sich also erst dannzumal zeige, ob wirklich der volle Schuldbetrag eingehe. Ein solches Gebahren widerspreche aber schon den allgemein gültigen kaufmännischen Regeln der Buchführung. Wenn nach diesen verfahren würde, so ergebe die Jahresrechnung pro 1900 einen Verlust statt eines Gewinnes.

Durch die gerügte Buchungsweise der Beklagten werden die Ziffern 4 und 5 von Art. 656 O. R. verletzt, welche nach § 33 Stat. für die Bilanzaufstellung zur Anwendung zu kommen haben. Damit, daß der An- und Verkauf von Schuldbriefen einen speziellen Geschäftszweig der Beklagten bilde, werde diesen Papieren offenbar der Charakter von Waren aufgeprägt. Von solchen dürfe aber nach Ziff. 4 cit. nur der Kostenpreis, auf den speziellen Fall angewendet also nur der Anschaffungswert in der Bilanz komparieren. Event. fallen die der Beklagten gehörenden Schuldbriefe unter Ziff. 5 cit., da es ja klar sei, daß Schuldbriefe, welche mit Einschlägen gekauft wurden, von zweifelhafter Güte seien und somit zu den „zweifelhaften Posten" gehören. Weiter falle ins Gewicht, daß das O. R. offensichtlich eine Verteilungs- nicht eine Vermögensbilanz aufgestellt wissen wolle. Durch dieselbe solle also nachgewiesen werden, was die Aktiengesellschaft an verteilungsfähigen Werten besitze d. h. was unter die Aktionäre repartiert werden könne, ohne den Gläubigern etwas von ihren Befriedigungsmitteln zu entziehen. Nun sei aber klar, daß durch das Gebahren der Beklagten diese letztern angegriffen werden.

Der Vertreter der Beklagten brachte vor: Die Anfechtung des beklagt. Geschäftsverfahrens durch den Kläger sei schon deshalb unstatthaft, weil derselbe als Mitglied des Geschäftsausschusses des Verwaltungsrates speziell beim Ankauf von Schuldbriefen stets mitgewirkt, aber von seinem Vetorecht gegenüber seinen Kollegen nie Gebrauch gemacht habe. Hinsichtlich der Klage selbst werde nicht bestritten, daß jeder Aktionär ein unverletzbares Recht auf Beobachtung von Gesetz und Statuten habe und daß in diesem Sinne die Aktivlegitimation des Klägers gegeben sei. Dagegen liege eine Verletzung solcher Normen in concreto nicht vor. Richtig sei zwar, daß die Beklagte Schuldbriefe mit Einschlägen kaufe. Darin liege aber nichts Außerordentliches, zumal da die betreff. Briefe voll garantiert seien und sich die Einschläge in ganz geringen Beträgen bewegen. Unrichtig sei dagegen die Behauptung des Klägers, diese Einschläge werden sofort als bereits realisierter Gewinn gebucht. Vielmehr habe man dieselben früher stets auf so viele Jahre verteilt, als die betreffenden Briefe noch nicht fällig gewesen seien, und gegenwärtig werden sie vor diesem Termin überhaupt nicht mehr als Aktiven gebucht. Mit dem angegebenen Procedere habe die Beklagte aber gegen die Vorschriften des Art. 656 O. R. nicht verstoßen, da das Gesetz mit voller Absicht keine Vorschriften darüber aufstelle, in welcher Weise Wertobjekte, wie die Schuldbriefe zu buchen seien; dies deshalb nicht, weil sich bei so individuell gestalteten Titeln für jeden Fall zutreffende Normen gar nicht finden ließen. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Nachdem von der Beklagten unumwunden anerkannt worden ist, daß jeder einzelne Aktionär ein persönliches Recht darauf habe, daß die Statuten und das Gesetz von den Organen der Aktiengesellschaft beobachtet werden, so ist damit auch zugegeben, daß der Kläger zu der Klage, die sich darauf stützt, daß durch die Aufstellung der Bilanz und den auf derselben beruhenden Dividendenbeschluß sowohl die Statuten als auch die Bestimmungen des Obligationenrechtes — insbesondere Art. 656 O. R. — verletzt worden seien, legitimiert sei. Auch ist mit Recht keine Einwendung dagegen erhoben worden, daß die Klage gegen die Aktiengesellschaft und nicht die Organe der Verwaltung und der Kontrole gerichtet worden ist; denn diesen

kommt sowohl hinsichtlich der Aufstellung der Bilanz als auch der Festsetzung der Dividende lediglich ein Antragsrecht zu, der Entscheid selbst liegt in den Händen der durch die Generalversammlung der Aktionäre repräsentierten Gesellschaft.

2. In einer Richtung hat die Beklagte die Legitimation des Klägers bemängelt, indem sie darauf hinwies, daß der Kläger, als er noch der Verwaltung der Bank angehörte, mit der Art der Buchung der Schuldbriefe, die nun als gesetzwidrig hingestellt werde, stets einverstanden gewesen sei. Allein dies ist von keiner wesentlichen Bedeutung. Gegenstand der Anfechtung ist zunächst nicht eine bestimmte Art der Buchung, sondern der Bilanzgenehmigungsbeschluß; zu diesem darf der Aktionär, wenn er ihn anfechten will, selbstverständlich nicht mitgewirkt haben. Nun ist aber vom Kläger in der Generalversammlung gegen den Beschluß Widerspruch erhoben worden und es kommt unter diesen Umständen nichts darauf an, wenn er sich damit in Widerspruch zu seinem eigenen frühern Verhalten gesetzt hätte.

3. Die Anfechtbarkeit des Beschlusses der Generalversammlung setzt voraus, daß er entweder gegen das Gesetz oder gegen die Statuten verstoße, es würde dagegen nicht genügen, wenn der Kläger bloß nachzuweisen vermöchte, daß der Beschluß den Interessen der Gesellschaft nachteilig sei, weil die Bilanz nicht nach den Regeln einer soliden und vorsichtigen Geschäftsgebarung aufgestellt sei.

Die Bilanz verstößt nun aber weder gegen das Gesetz noch gegen den in den Statuten niedergelegten Gesellschaftsvertrag, der übrigens keine besondern Bilanzgrundsätze aufstellt, sondern einfach auf die Vorschriften des Obligationenrechtes verweist.

Von den Bilanzposten werden unter den Aktiven einzig der Schuldbriefkonto von Fr. 2,024,420.20, unter den Passiven der Gewinn- und Verlustkonto mit Fr. 170,364.25 angefochten. Von dem ersteren wird behauptet, er sei um ca. Fr. 200,000 zu hoch angesetzt, indem die betr. Schuldbriefe um ungefähr diesen Betrag unter dem Nennwert erworben worden seien und die Titel gemäß Art. 656 Ziff. 4, O. R. höchstens zum Anschaffungspreis in die Bilanz eingestellt werden dürfen. Werde dieser Fehler korrigiert, so werde sich ergeben, daß das Geschäftsjahr nicht mit einem Gewinn abgeschlossen habe und demnach auch keine Dividende verteilt werden dürfe.

4. Auf Grund der Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechtes ist indessen die Anfechtung nicht begründet. Das Gesetz ist weit entfernt davon, allgemein vorzuschreiben, daß die Aktiven der Aktiengesellschaft niemals höher als zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis in die Bilanz eingestellt werden dürfen, wie dies in der deutschen Aktiennovelle vom Jahr 1884 und im neuen deutschen Handelsgesetzbuch (§ 261, Ziff. 2), das überhaupt strengere Bilanzgrundsätze aufstellt, allerdings geschehen ist; vielmehr besteht eine solche Vorschrift nur für Grundstücke, Gebäude, Maschinen einerseits und Warenvorräte anderseits. Bei diesen Gattungen von Werten ist der Grund für das Verbot, sie zu einem höhern Werte als dem Anschaffungspreis aufzunehmen, wohl darin zu suchen, daß dieser der einzige objektive Maßstab für deren Schätzung ist; bei Gebäuden und Maschinen bezeichnet der Herstellungs- oder Anschaffungswert regelmäßig das Maximum der überhaupt möglichen Schätzung, da solche Objekte durch die Benutzung an Wert nicht gewinnen, sondern nur verlieren können. Was die Waren, die einen Marktpreis haben, anbetrifft, so trifft der angegebene Grund hier allerdings nicht zu, denn hier bietet der Marktpreis einen genügenden Anhaltspunkt für die Schätzung. Es ist hier der Grund überhaupt nicht recht ersichtlich, der den Gesetzgeber veranlaßt hat, vorzuschreiben, daß sie nicht höher als zum Anschaffungswerte (wenn derselbe niedriger ist als der Marktpreis) angesetzt werden dürfen, während für die kurshabenden Papiere nur der Kurswert, nicht der Anschaffungspreis maßgebend ist. Der Grund kann jedenfalls nicht darin liegen, daß Waren zum Umsatze bestimmt sind. Denn bei einer Bank sind Börsenpapiere auch Waren in dem Sinne, daß sie Gegenstand des Verkehrs sind. Es kann

daher für die vorliegende Streitfrage auch von keiner Bedeutung sein, daß die beklagtische Gesellschaft als Gegenstand ihres Geschäftes den Verkehr mit Hypothekartiteln bezeichnet. Dadurch werden diese nicht zu Waren im Sinne des Art. 656, Ziff. 4, O. R., unter denen vielmehr nur zum Handelsverkehr bestimmte Sachen, deren Wert in ihrer Substanz selbst liegt, zu verstehen sind. Es wäre auch durchaus wider den Sprachgebrauch, Urkunden über Forderungsrechte als Waren zu bezeichnen, wenn auch der Verkehr mit solchen sich äußerlich so gestaltet wie derjenige mit eigentlichen (körperlichen) Sachen.

5. Bei Kurspapieren ist es nun möglich und erlaubt, sie höher anzusetzen als zum Anschaffungspreis, also mit andern Worten einen Gewinn unter die Aktiven einzustellen, der noch nicht realisiert ist aber realisiert werden könnte, wenn die Papiere im Zeitpunkte der Bilanzaufstellung veräußert würden. Wenn dies aber hier gestattet ist, wäre nicht zu verstehen, weshalb bei andern Forderungen, namentlich also bei grundversicherten, unbedingt der niedrigere Anschaffungswert maßgebend sein sollte. Vom Standpunkt des Gesetzes aus kann mithin das Verfahren der Beklagten, Schuldbriefe, die mit Einschlag erworben worden sind, zum vollen Werte unter die Aktiven der Bilanz aufzunehmen, nicht angefochten und ein Recht des einzelnen Aktionärs, gegen solche Maximen mit gerichtlicher Klage aufzutreten, nicht anerkannt werden. Übrigens steht nicht fest, in wieweit das vom Kläger gerügte Verfahren befolgt worden ist. Die Beklagte verweist darauf, daß sie die Schuldbriefe nicht durchweg zum Nennwert, sondern zu einem um Fr. 32,000 niedrigern Betrag — den sie als innere Reserve bezeichnet — eingestellt habe. Ferner besteht neben dem ordentlichen Reservefonds, der weit über das nach den Statuten geforderte Maß hinaus gespeist worden ist, noch ein besonderer Delcrederekonto von Fr. 33,000. Auch nach den strengsten Grundsätzen wäre eine Buchung nicht zu beanstanden, bei der zwar die mit Einschlag erworbenen Schuldbriefe zum Nennwerte in den Aktiven erscheinen, die Differenz zwischen Ankaufs- und Nennwert aber durch einen entsprechenden Passivposten, heiße er wie er wolle, ausgeglichen würde.

6. Der Kläger hat die Klage auch noch auf Ziff. 5 des Art. 656 O. R. gestützt, laut deren die Gesamtsumme der zweifelhaften Posten und die Gesamtsumme der Abschreibungen angegeben werden sollen. Er geht hiebei davon aus, daß, wo die Hypothekartitel mit Einschlag erworben worden seien, mindestens zweifelhaft sei, ob der volle Nennwert vorhanden sei. Allein das dürfte im allgemeinen kaum richtig sein und übrigens hat die citierte Bestimmung den Charakter einer Ordnungsvorschrift, deren Handhabung in das Ermessen der Organe der Aktiengesellschaft gelegt ist. Ihre Sache ist es, zu bestimmen, welche Posten in der Bilanz als zweifelhafte aufzuführen seien. Lassen sie es in dieser Beziehung an der erforderlichen Umsicht fehlen, so können die fehlbaren Personen hiefür unter Umständen persönlich verantwortlich gemacht werden; keinenfalls aber steht dem einzelnen Aktionär auf Grund eines von der Generalversammlung gebilligten schuldhaften Verhaltens der Organe der Verwaltung und der Kontrole eine Klage gegen die Gesellschaft zu.

(4. April 1901. Dr. Schweitzer c. Hypothekarbank Zürich.)

II. Markenrecht.

Gemischte Marke. Maßgebend für die Frage der Verletzung einer solchen ist das dem Gedächtnis des konsumierenden Publikums sich einprägende Gesamtbild. Erleichterung von Verwechslungen durch die Art der Anbringung der Marke auf den Warenverpackungen. — Illoyale Konkurrenz durch Nachahmung der auf der klägerischen Verpackung angebrachten Farben und Verschlußetiquetten. Übungsgemäße Verwendung ähnlicher Verpackungen für gleichartige Handelsartikel.

Die Kläger, Schuler & Cie., haben unterm 7. August 1896 auf dem eidge-

nössischen Amt für geistiges Eigentum für ein Seifenpulver eine Marke eintragen lassen, die aus drei aufrecht stehenden, länglich-rechteckigen Feldern besteht, von denen die beiden äußeren etwas breiter als das mittlere sind. Das Feld links zeigt in der untern Hälfte vier von einer Mondsichel eingerahmte Katzen nebst Waschschüssel. Die obere Hälfte wird durch die in gewundenen Linien angebrachten Worte „Schulers Salmiak-Terpentin Wasch-Pulver" ausgefüllt, wobei die Worte: „Salmiak-Terpentin" auf einem verschlungenen Bande stehen. Rechts seitlich vom Katzenbild findet sich in schief aufwärtssteigenden Linien mit kleinem Drucke die Bemerkung: „Aus den besten Rohstoffen. Frei von schädlichen Bestandteilen", während unter dem Bilde auf einem wagrechten Bande in etwas größerer Schrift die Worte: „Ist das vorzüglichste und beste Waschmittel der Neuzeit", und darunter noch die Worte: „Garantiert reinstes Fabrikat" angebracht sind. Das Feld rechts weist im wesentlichen das nämliche Gesamtbild auf. Das Katzenbild kehrt hier in derselben Komposition und Stellung wieder, dagegen sind die Worte, hier in französischer Sprache, vom deutschen Text etwas abweichend angeordnet. Ebenso fehlt das Band unter dem Katzenbild, wie auch dasjenige, auf welchem die Worte: „Salmiak-Terpentin" des deutschen Feldes stehen. Auch die Umrahmung der ganzen Fläche ist insofern verschieden, als die Eckenverzierungen des Feldes mit französischem Text auf demjenigen mit dem deutschen fehlen. Das schmalere Mittelfeld enthält eine in Lettern von verschiedener Grösse gedruckte Anpreisung des klägerischen Waschpulvers.

Diese Marke bringen die Kläger in der Weise auf der Verpackung ihres Salmiak-Terpentin Waschpulvers an, daß die breitern Felder die vordere und hintere Seite der Pakete, das Mittelfeld dagegen die eine Schmalseite bedeckt, während die andere mit einer entsprechenden französischen Reklame versehen wird.

Der Beklagte Hürlimann seinerseits ließ unterm 2. September 1898 für Waschartikel und chemische Produkte eine Marke eintragen, welche lediglich aus zwei gekreuzten, rauchenden Fackeln besteht. Diese Marke verwendet er auf der ebenfalls für ein Salmiak-Terpentin Waschpulver bestimmten Verpackung, welche in Dimensionen, Anordnung von Bild und Wort, Farbe etc. derjenigen der Kläger äußerst ähnlich sieht. Gestützt auf diese Thatsache machten die Kläger eine Schadensersatzforderung von anfänglich 4000 Fr. geltend, die jedoch in der Hauptverhandlung auf 1000 Fr. reduziert wurde.

Zur Begründung dieser Klage wurde angeführt: Die Handlungsweise des Beklagten involviere sowohl eine Verletzung des klägerischen Markenrechtes als eine illoyale Konkurrenz. Fasse man zunächst die klägerische Marke als Ganzes ins Auge, so sei die Ähnlichkeit der beklagtischen Etiquette damit eine so große, daß eine Unterscheidung beider Verpackungen aus der bloßen Erinnerung zu einem Ding der Unmöglichkeit werde. Und vergleiche man die figurativen wie die textlichen Details beider Umhüllungen miteinander, so werde die Absicht des Beklagten, die klägerische in täuschender Weise nachzuahmen, nur um so durchsichtiger.

Die illoyale Konkurrenz dagegen liege speziell darin, dass der Beklagte für die beiden Breitseiten seiner Verpackung dieselben Farben mit denselben Nuancierungen und Übergängen verwendet habe, wie die Kläger; auch die Schmalseiten weisen die gleiche Farbe auf. Und schließlich habe der Beklagte noch die am Kopf und Fuß der klägerischen Verpackungen befindlichen Verschlußetiquetten bezüglich Charakter und Anordnung der Worte genau kopiert, und sei dabei den Klägern nur darin nicht gefolgt, daß er nicht wie jene abwechselnd blaue und rote, sondern nur rote Etiquetten verwende.

Das rechtswidrige Verhalten des Beklagten verpflichte ihn prinzipiell zum Schadensersatz. Für die Höhe desselben sei zunächst maßgebend, daß der Beklagte anerkannt habe, 48,720 Pakete mit den streitigen Etiquetten verkauft zu haben. Die Kläger realisieren per Paket einen Nettogewinn von 7 1/2 Cts. Wenn man auch annehme, daß nur ein Teil der vom Beklagten verkauften Ware den Klägern entgangen sei, so komme

man immerhin auf einen Verlust von über 1000 Fr.

Demgegenüber wurde beklagtischerseits geltend gemacht, es sei allerdings eine gewisse Ähnlichkeit beider Verpackungen zuzugeben. Allein die Gefahr einer Verwechslung bestehe bei denjenigen Kunden, welche überhaupt auf die Provenienz der Ware etwas geben, nicht. Allgemein sei dabei in Berücksichtigung zu ziehen, daß für Produkte, welche einmal in bestimmter Verpackung im Handel eingeführt seien, von der Konkurrenz häufig und in unbeanstandeter Weise ähnliche Umhüllungen verwendet werden; dies deshalb, weil es sonst fast unmöglich wäre, die betreffende Ware überhaupt auf den Markt zu bringen.

Weiter sei zu sagen, dass als Marke i. e. S. von der ganzen klägerischen Etiquette nur das Katzenbild angesehen werden könne. Die Mondsichel dagegen, welche bei Markenbildern als Umrahmung äußerst häufig Verwendung finde, sei Gemeingut, und daher nicht schutzfähig. Aus dem Text könnten im besten Fall einzelne Worte, niemals aber die ganze Komposition aller drei Flächen als Marke in Betracht kommen. Von dieser Grundlage aus beurteilt sei ganz offenbar eine Verwechslung beider Marken einfach unmöglich, da die klägerischen Katzen mit den beklagtischen Fackeln nicht die mindeste Ähnlichkeit haben.

Ebensowenig habe sich der Beklagte illoyaler Konkurrenz schuldig gemacht. Hier komme nun der ganze Umschlag in Betracht und dabei sei von vornherein klar, daß von einer Nachahmung der Schmalseiten nicht die Rede sein könne, wie anderseits die Breitseiten der beiden Etiquetten durch die beiden Markenbilder genügend differenziert seien. Eine gewisse allgemeine Ähnlichkeit in Farbe und übriger Ausstattung komme nicht in Betracht. Wollte man übrigens noch annehmen, eine Verwechslung sei möglich, so treffe doch den Beklagten kein Verschulden daran, da er den Erstellern seiner Etiquette lediglich den darauf anzubringenden Text und die Marke gegeben, die ganze übrige Ausstattung aber ihnen überlassen habe. Bei der anerkannten Geschäftstüchtigkeit und Erfahrung jener Lithographen habe der Beklagte sich aber vollkommen darauf verlassen dürfen, daß der von ihnen erstellte Entwurf anstandslos zu dem festgesetzten Zwecke verwendet werden könne. Eventuell sei den Klägern aus dem Verhalten des Beklagten kein Schaden entstanden, auf jeden Fall nicht in der behaupteten Höhe.

Das Gericht schützte die klägerische Forderung im Betrage von 300 Fr.

Gründe:

1. Der Beklagte Hürlimann hält dem klägerischen Anspruch, soweit er sich auf eine Markenrechtsverletzung stützt, entgegen, als Marke könne auf der klägerischen Verpackung nur das Katzenbild gelten; daß dieses aber von ihm nicht nachgeahmt worden sei, unterliege keinem Zweifel. Indessen ist diese Auffassung unrichtig. Als Marke ist gegenteils die ganze aus Bild und Worten bestehende Komposition anzusehen, welche unter Nr. 8554 ins schweizerische Markenregister eingetragen worden ist. Allerdings würden die einzelnen Worte des Textes, da sie der Individualität entbehren, für sich allein, d. h. als reine Wortmarke, des speziellen Markenschutzes nicht fähig seien. Indessen handelt es sich in concreto um eine gemischte Marke, bei welcher das dem Auge und Gedächtnis sich einprägende Gesamtbild das Entscheidende ist.

2. Wendet man dies auf die den streitigen Verpackungen aufgedruckten Worte und Zeichen an, so drängt sich ohne weiteres die große Ähnlichkeit derselben auf. Dies trifft speziell für die beiden Hauptflächen der Pakete, die Breitseiten, zu. Das von der genau gleichgeformten Mondsichel eingerahmte, gleich grosse Bild ist auf beiden Etiquetten am selben Orte angebracht. Etwas verschieden ist die Empfehlung unter dem Bilde, während dagegen die Anordnung der Worte über dem Bilde und der Charakter der dabei verwendeten Lettern wieder ganz übereinstimmend ist. Der einzige Unterschied, welcher darin besteht, dass der Beklagte an Stelle des Wortes „Schulers“ das Wort „Feinstes“ gesetzt hat, ändert an dem Gesamtbilde sozusagen nichts. Ebenso wenig kann gesagt werden, daß die Verschiedenheit der von der Mondsichel einge-

rahmten Bilder, so sehr sie, wenn man dieselben für sich allein betrachtet, gegeben ist, einen wesentlich differenzierenden Einfluß auf den Gesamteindruck ausübe. Das Nämliche wie von der deutschen Seite gilt mit geringen Abänderungen auch für die französische. Was sodann die in der kläger. Marke ebenfalls inbegriffene Schmalseite betrifft, so wird hier allerdings von einer täuschenden Nachahmung nicht gesprochen werden können. Indessen ist dies für die Handlungsweise des Beklagten ohne Bedeutung, weil es sich dabei nur um einen untergeordneten Teil der Marke handelt und die Änlichkeit der übrigen Teile außer Frage steht. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß infolge der Art, wie die kläger. Marke auf der Verpackung angebracht wird, in der Regel gleichzeitig nur ein Feld derselben dem Auge sichtbar wird, der Unterschied der mehr nebensächlichen Schmalseite wird daher umsoweniger eine Unterscheidung der Hauptflächen ermöglichen.

3. Daß die Ähnlichkeit der letztern groß genug ist, um bei den Käufern, die sich in erster Linie aus einfachen Leuten (Dienstboten etc.) rekrutieren werden, Verwechslungen herbeizuführen, bedarf keine weitern Ausführungen. Aber auch an der Täuschungsabsicht des Beklagten ist nicht zu zweifeln. Nachdem, wie feststeht, dem Beklagten schon bei der erstmaligen Herstellung seiner Verpackung die klägerische bekannt war, durfte er, auch wenn die Ähnlichkeit beider lediglich auf einer Idee seiner Lithographen beruhte, doch von deren Entwurf keinen Gebrauch machen, ohne damit einen bewußten und daher dolosen Eingriff in das kläger. Markenrecht zu begehen.

4. Weiter erscheint aber auch der Anspruch der Kläger aus dem Gesichtspunkt der illoyalen Konkurrenz prinzipiell als begründet. In dieser Richtung ist hauptsächlich auf die geradezu minutiöse Kopie zu verweisen, welche die Anbringung und Verteilung der Farbentöne auf den Breitseiten der kläger. Verpackung beim Beklagten erfahren hat. Auch die Verschlussetiquetten an den beiden Kopfenden sind bezüglich der Anordnung der darauf gedruckten Worte und des schwarzen Querbandes einander so ähnlich, daß die Verwendung nur roten Grundes seitens des Beklagten, während derjenige der klägerischen Etiquetten bald rot bald blau ist, eine irgend erhebliche Differenzierung nicht begründet.

Nun ist vom Beklagten allerdings noch hervorgehoben worden, es entspreche einem in Kaufmannskreisen allgemein geübten und nicht beanstandeten Brauch, Waren der gleichen Art, wenn sie einmal in bestimmter Verpackung auf dem Markte eingeführt seien, auch seitens der Konkurrenz nur in ähnlicher Umhüllung in den Verkehr zu bringen. Ein derartiges Verfahren kann indessen keineswegs schlechthin geschützt werden. Hat ein Fabrikant, wie das hier zutrifft, für seine Erzeugnisse eine originelle Art der Verpackung eingeführt, so steht ihm das alleinige Recht auf die Benutzung derselben zu, und es erscheint daher jede Nachahmung seitens der Konkurrenz als eine Rechtsverletzung, die im Falle eines Verschuldens des Handelnden sehr wohl unter Art. 50 ff. O. R. subsumiert werden kann (Vgl. Kohler, Recht des Markenschutzes pag. 96). Daß den Beklagten hier aber ein Verschulden trifft, braucht nach dem Gesagten nicht weiter ausgeführt zu werden.

5. Immerhin erscheint die Klagesumme auch in dem reduzierten Betrage von 1000 Fr. noch bedeutend übersetzt, da in Anbetracht der großen Konkurrenz in derartigen Waschpulvern nur von einem kleinen Teil der unter der beanstandeten Etiquette des Beklagten in den Verkehr gebrachten Quantität angenommen werden kann, dieselbe sei dem kläger. Absatz entgangen. Irgend welche sichern Anhaltspunkte lassen sich in dieser Beziehung nicht gewinnen; das Gericht hält aber eine Schadensersatzsumme von 300 Fr für angemessen.

(12. April 1901. Schuler & Cie. c. Hürlimann.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Liegenschaftenkauf.

Folgen der Nichterfüllung eines Kaufvertrages. Rücktritt seitens des Käufers. Art. 110 O. R.

Durch Vertrag vom 10. Sept. 1900 verkaufte der Kläger M. dem Beklagten S. ein im Kanton Thurgau liegendes Hofgut samt Vieh und Fahrhabe um den Preis von 76,000 Fr. Der Antritt sollte mit der kanzleiischen Fertigung stattfinden.

Der Verkäufer ließ den Käufer auf den 20. Sept. zur Fertigung einladen; der letztere erschien nicht, einer zweiten und dritten Aufforderung, auf bestimmte Termine zur Fertigung zu erscheinen, leistete der Käufer ebenfalls keine Folge.

Mitte Dezember 1900 leitete der Verkäufer Klage ein. Er forderte in erster Linie 5000 Fr. als Ersatz des ihm entstandenen Schadens, weil er durch den Abschluß des Kaufvertrages mit dem Beklagten einen soliden Käufer, mit dem er früher in ernsthaften und weit gediehenen Unterhandlungen gestanden, verloren habe. Sodann machte er noch in verschiedenen spezifizierten Posten 1273 Fr. geltend als Ersatz des Schadens, der ihm durch die verspätete Einheimsung der Feldfrüchte, des Obstes und den infolge der unzeitigen Ernte entstandenen Mindererlös, sowie durch den unzeitigen Verkauf von zwei großträchtigen Kühen, die verspätete Vornahme der landwirtschaftlichen Herbstarbeiten und den wegen Verspätung verteuerten Einkauf von Düngmitteln erwachsen sei.

Der Beklagte wurde zweitinstanzlich verpflichtet, an den Kläger 800 Fr. zu bezahlen, u. a. aus folgenden

Gründen:

1. Der Beklagte hat den Kaufvertrag ohne Grund unerfüllt gelassen. Darin hat der Vorderrichter mit Recht das (vom Kläger zu beweisende) Verschulden erblickt, das den Beklagten prinzipiell schadenersatzpflichtig macht.

Er hat danach denjenigen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages entstanden ist. Auf die Voraussehbarkeit des Schadens kommt im vorliegenden Falle deshalb nichts an, weil das Verschulden, im Gegensatz zu der Ansicht des Vorderrichters, als ein schweres zu betrachten ist. (O.-R. Art. 116 Abs. 3). Nimmt man nämlich mit der Vorinstanz an, daß der Beklagte die Fertigung ohne jeden Grund verweigert habe, so erscheint dessen Verhalten geradezu als ein arglistiges.

Bei der Prüfung des Schadensumfanges ist zu berücksichtigen, daß die Nichterfüllung des Kaufvertrages dem Kläger den Vorteil brachte, daß er von der Verpflichtung zur Übertragung des Kaufsobjektes in das Eigentum des Beklagten befreit wurde. Ein direkter Schaden ist dem Kläger also nur dann erwachsen, wenn das Kaufsobjekt, das er nun behält, einen geringern Vermögenswert darstellt als der Kaufpreis, den er bei der Erfüllung des Vertrages erhalten hätte. Der Kläger hätte daher in erster Linie behaupten und nötigenfalls beweisen müssen, daß die streitige Liegenschaft (mit Vieh und Fahrhabe) zur Zeit der Vertragsauflösung weniger als Fr. 76,000 wert gewesen sei. Eine derartige Behauptung hat er indessen nie aufgestellt. Wenn er den Beweis dafür anerbot, daß er infolge des Dazwischentretens des Beklagten einen (nicht namhaft gemachten) Käufer verloren, mit dem er bereits mündlich einen Kauf vereinbart gehabt habe, und daß ihm deshalb ein Schaden von Fr. 5000 entstanden sei, so konnte darauf schon deshalb nicht eingetreten werden, weil keinerlei Grundlagen für die Berechnung des geltend gemachten Schadens gegeben waren. Aus der Angabe darüber, welchen Kaufpreis der Kläger bei jener Gelegenheit allenfalls hätte erzielen können, wäre wenigstens ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen gewesen, was für einen Verkehrswert das Kaufsobjekt im Jahre 1900 besessen haben konnte. Daß aber daraus allein, daß der Kläger dasselbe im Jahre 1899 für Fr. 57,750. — gekauft hat, ein zuverlässiger Schluß auf den wahren Verkehrswert nicht zu ziehen ist, hat die Vorinstanz

schon zutreffend ausgeführt. Ein entgangener Gewinn könnte vom Kläger überhaupt nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß das Kaufsobjekt zur Zeit der Vertragsauflösung einen Verkehrswert aufwies, der geringer war als der Preis, den der angebliche Kaufliebhaber für dasselbe zahlen wollte. Hatte die Liegenschaft keinen niedrigeren Verkehrswert, so besaß der Kläger ja den gleichen Vermögenswert in Gestalt des Kaufsobjektes, den er durch den Verkauf in der Form des Kaufpreises zu erhalten hoffte. Da der Kläger vor erster Instanz gar keine Angaben und in der Appellationsverhandlung nur ganz unbestimmte Andeutungen über den wahren Verkehrswert, sowie über den angeblich angebotenen Kaufpreis machte, so ist es dem Richter nicht möglich geworden, den Schaden, den der Kläger infolge des behaupteten Gewinnausfalles erlitten haben will, auch nur ganz approximativ zu bemessen. Deshalb ist die in erster Linie geforderte Schadenersatzpost von Fr. 5000. — zu verwerfen.

2. Dagegen erscheint die übrige Schadenersatzforderung des Klägers grundsätzlich als begründet. Die einzelnen Schadensfaktoren, für die zusammen Fr. 1273. — gefordert wird, werden vom Kläger darauf zurückgeführt, daß er im Vertrauen auf die Erfüllung des perfekten Kaufvertrages einerseits mit dem Einsammeln von Früchten und dem Verkaufe von Vieh zuwartete und andererseits den Ankauf von Düngmitteln und die Vornahme landwirtschaftlicher Arbeiten hinausschob. In der That darf ihm diese Verzögerung nicht zum Vorwurf gemacht werden, da er annehmen durfte, der Beklagte werde seine Vertragspflichten erfüllen und den Betrieb des Gewerbes demnächst selber übernehmen. Daß aus der Verzögerung dem Kläger ein Schaden entstanden ist, leuchtet ohne weiteres ein. Derselbe wäre nicht eingetreten, wenn der Beklagte den Vertrag erfüllt hätte; er ist also eine Folge des Vertragsbruches und daher vom Beklagten zu ersetzen. Der von der Vorinstanz hier wie auch bei der ersten Post herangezogene Begriff des negativen Vertragsinteresses spielt im vorliegenden Prozesse keine Rolle, da die Folgen der Verletzung eines perfekten Vertrages lediglich nach den Vorschriften der Art. 110 ff. O.-R. zu beurteilen sind und jener Begriff in der Wissenschaft nur eingeführt wurde, um einen Massstab für die Folgen eines vor dem Abschlusse eines (vereitelten) Vertrages liegenden, gegen Treu und Glauben verstoßenden Handelns (culpa in contrahendo) zu gewinnen. Da sich der Schaden nicht ziffermäßig genau berechnen läßt, so hat das richterliche Ermessen einzusetzen. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint eine Gesamtentschädigung von Fr. 800 als ausreichend. In diesem Umfange ist die Klage gutzuheißen und dementsprechend die Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu bestimmen.

(27. April 1901 i. S. Misteli c. Strauss. U.)

II. Prozessrecht.

Für den Beginn der Berufungsfrist ist nur das Datum der Zustellung des Urteiles an die Hauptpartei und nicht dasjenige der Zustellung an den Litisdenunziaten maßgebend. § 252 des Ges. betr. d. R'pfl.

Gründe:

1. Das erstinstanzliche Urteil ist dem Beklagten M. am 2. März ds. Js. zugestellt worden. Am 11. gl. Mts. ist die von M. ausgestellte Appellationserklärung bei der Vorinstanz eingegangen und am 14. gl. Mts. langte dort die vom 12. März datierte, aber erst am 14. der Post übergebene schriftliche Erklärung des Litisdenunziaten K. ein, nach welcher dieser sich der Appellation des Beklagten M. anschließt.

2. In der Appellationsverhandlung erschien nur der Vertreter des Litisdenunziaten; der Beklagte M. dagegen war nicht vertreten und kam auch nicht persönlich an die Schranken. Nachdem der Beklagte schon zu Beginn des Prozesses sich der Prozeßführung entschlagen und diese dem Litisdenunziaten K. überlassen, war er in der That weder berechtigt noch verpflichtet, zweitinstanzlich in den Prozeß wieder einzutreten. Die unbedingt ausgesprochene Ab-

standserklärung hat vielmehr Wirkung für den ganzen Prozeß in allen dem Abstande zeitlich folgenden Stadien und Instanzen. Ein Widerrufsrecht kennt das Prozeßgesetz nicht. Die Appellationserklärung ist selbstredend ein Akt der Prozeßführung und kann deshalb von demjenigen, der sich der letztern endgültig entschlagen hat, nicht mehr rechtswirksam abgegeben werden. Diese Auffassung entspricht auch der bestehenden Gerichtspraxis, (siehe Sträulis Komm. Nr. 2 zu § 252 R. Pfl. G.). Die vom Beklagten am 11. März ds. Js. bei der Vorinstanz eingereichte Appellationserklärung war daher rechtlich unwirksam. Auf sie kann sich der Litisdenunziat mithin nicht stützen.

3. Es fragt sich nur, ob die von K. am 14. März ds. J. dem Bezirksgerichte eingereichte Erklärung, daß er sich der Appellation des Beklagten anschließe, die Bedeutung einer rechtswirksamen und rechtzeitigen Appellation zukomme. Die Berufung gegen das angefochtene Urteil konnte nach dem in Erw. 2 Ausgeführten nur vom Litisdenunziaten ausgehen. Deshalb hatte K. selbständig die Appellation zu erklären, nicht bloß sich der (rechtsunwirksamen!) Berufung des Beklagten anzuschließen. Wenn man indessen auch die Erklärung des K. als selbständige Appellation behandeln will, so kann sie deshalb nicht berücksichtigt werden, weil sie erst nach Ablauf der gesetzlichen Berufungsfrist, also verspätet erfolgt ist. Nach § 253 R. Pfl. Ges. sind Urteile und Beschlüsse der Hauptpartei zuzustellen; dem Litisdenunziaten sollen sie nur auf Verlangen und gegen Bezahlung der Kosten zugefertigt werden. Eine Ausnahme von dieser Regel hat das Gesetz für den Fall des § 252 l. c. nicht aufgestellt. Da die Streitverkündung im Prozesse selbst nur prozeßuale, dagegen keinerlei materielle Wirkungen äußert, so hat die Hauptpartei unter allen Umständen ein Recht darauf, daß ihr das Urteil zugestellt wird; denn ihre Rechte und nicht diejenigen des Litisdenunziaten werden durch das Urteil betroffen. Daher ist auch das letztere auf den Namen der Hauptpartei und nicht etwa auf denjenigen des Litisdenunziaten selbst dann auszufällen, wenn die erstere sich der Prozeßführung entschlagen hat. Dagegen hat das Gesetz dem Litisdenunziaten die Befugnis eingeräumt, durch besonderes Gesuch gegen Bezahlung der entsprechenden Kosten sich die Zustellung von Beschlüssen und Urteilen zu sichern und dadurch der Gefahr einer Verspätung von prozeßualen Vorkehren zu entgehen. In der That darf dem Litisdenunziaten zugemutet werden, daß er eine besondere, wenn auch ganz formlose Erklärung in irgend einem Stadium des Prozesses abgebe und die daraus erwachsenden besondern Kosten trage, wenn er auf die Zustellung der gerichtlichen Akte Anspruch macht; er wird eben durch den Abstand der Hauptpartei nicht zur eigentlichen Prozeßpartei, sondern besorgt lediglich für diese die Prozeßführung. Daher ist denn auch für den Beginn der Berufungsfrist unter allen Umständen das Datum der Zustellung des Urteils an die Hauptpartei maßgebend. Darauf, ob und wann dem Litisdenunziaten das Urteil zugestellt werde, kommt nichts an.

Im vorliegenden Falle ist das Urteil offenbar nur dem Beklagten selbst, nicht auch dem Litisdenunziaten zugestellt worden. Darin lag kein Verstoß gegen das Prozeßgesetz, da nicht behauptet wurde und aus den Akten auch nicht ersichtlich ist, daß ein Begehren im Sinne des § 253 gestellt worden wäre. In der Verhandlung über die Frage der Zulässigkeit der Appellation hat sich der Vertreter des Litisdenunziaten denn auch mit Recht nicht etwa auf den Standpunkt gestellt, daß das Urteil der Vorinstanz seinem Klienten anstatt dem Beklagten hätte zugestellt werden sollen, und daß deshalb für den Litisdenunziaten die Berufung noch offen stehe.

4. Unhaltbar ist aber der vom Litisdenunziaten heute einzig eingenommene Standpunkt, nach welchem der Beklagte seine Appellationserklärung im Namen des Litisdenunziaten abgegeben und der letztere jene Berufung durch seine nachherige Erklärung genehmigt habe. Einmal sprechen keinerlei Umstände für diese Auffassung; sodann aber hätte das Vertretungsverhältnis in der Appellationserklärung schriftlich zum Ausdruck gelangen müssen, weil dieser Akt zu seiner Gültigkeit die Schriftform voraussetzt (§ 664

des Ges. betr. d. Rpfl). Nach dem unzweideutigen Wortlaut der Appellationserklärung des Angeklagten M. hat er in eigenem Namen appelliert.

Die Appellation des Litisdenunziaten ist daher als unzulässig zu erklären.

(16. April 1901, i. S. Manz c. Leihkasse Kloten-Bassersdorf. U.)

III. Kompetenz.

Die Thatsache, dass im Aberkennungsverfahren der Schuldner als Kläger und der Gläubiger als Beklagter auftritt, ändert an der rechtlichen Natur der Streitfrage nichts.

Gebrüder Lincke, im Handelsregister eingetragene Inhaber eines Ofenfabrikationsgeschäftes, haben dem August Wachter, der als Inhaber eines Baugeschäftes ebenfalls im Handelsregister eingetragen ist, für das Utoschloß am Utoquai, dessen Bau ihm übertragen war, die Centralheizung erstellt und hatten hiefür unbestrittenermaßen 22,337. 80 Franken zu fordern, wovon Fr. 13,000 auf Abschlag bezahlt wurden. Für den Rest von Fr. 9,337. 80 betrieben sie den Schuldner und erlangten provisorisch Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 6536. 45 = 70 %, gestützt auf eine schriftliche Schuldanerkennung vom 23. Oktober 1900. Schon vor der Rechtsöffnungsverfügung sind weitere 30 % = Fr. 2801. 35 an die restierende Schuld bezahlt worden.

Unterm 27. Dezember 1900 machte Wachter beim Bezirksgericht Zürich Aberkennungsklage anhängig, indem er sich darauf berief, daß Gebr. Lincke ihm die restierenden 70 % der ursprünglich 9337 Franken 80 Rp. betragenden Forderung nachgelassen hätten.

Die Beklagten bestritten zunächst die Kompetenz des Bezirksgerichts, da für den streitigen Anspruch ausschließlich das Handelsgericht zuständig sei. Durch Beschluß vom 25. Januar a. c. hat sich das Bezirksgericht Zürich indessen für kompetent erklärt. Der Entscheid wird damit begründet, daß nicht über die Forderung an sich, die sich allerdings aus dem zwischen den Parteien bestehenden Handelsverkehr herleite, ein Streit bestehe, sondern lediglich über die Auslegung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Nachlassvertrages. Dieser sei aber ein neues, selbständiges Geschäft, das zu dem ursprünglichen Handelsgeschäft hinzugetreten, selbst aber kein Handelsgeschäft sei, und über das daher das Handelsgericht auch nicht zu entscheiden habe.

Gegen diesen Entscheid rekurrierten die Beklagten, indem sie beantragen, daß das Bezirksgericht für unzuständig erklärt werde. Die Appellationskammer hieß den Rekurs aus folgenden Gründen gut: Die Rekurrenten (Gebr. Lincke) betonen mit Recht, daß es sich in dem vorliegenden Rechtsstreit nur um die Frage handle, ob ihre Forderung erloschen sei oder nicht; Gegenstand des Prozesses ist mithin diese Forderung und diese bezieht sich sowohl auf das Handelsgeschäft der Rekurrenten, als auf dasjenige des Rekursgegners, ist also unzweifelhaft Handelssache. Hätten die Gebr. Lincke den Schuldner nicht betrieben oder für ihre Forderung nicht Rechtsöffnung erwirkt, hätten also sie ihren Anspruch im ordentlichen Verfahren geltend machen müssen, so würde ihre Klage beim Handelsgericht anzubringen gewesen sein, obschon die Differenz zwischen den Parteien nicht die Existenz der Forderung an sich, sondern die Thatsache des Unterganges derselben betrifft; denn für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist stets die Natur der Klage, nicht die Natur der Einrede maßgebend. Ob in diesem Falle der Beklagte behaupten würde, er habe die Forderung durch Zahlung getilgt, oder sie sei infolge der Gewährung eines Nachlasses untergegangen, ist für die Frage, ob das Handelsgericht oder das Bezirksgericht zuständig sei, ohne Belang. Daß im vorliegenden Falle die Parteirollen vertauscht sind, der Fordernde als Beklagter erscheint, der die Zahlung Verweigernde dagegen als Kläger aufzutreten genötigt ist, begründet einen Unterschied nicht; denn das Streitobjekt ist dadurch nicht ein anderes geworden. Es handelt sich einfach um eine negative Feststellungsklage, d. h. um die Feststellung, daß der Anspruch der Beklag-

ten nicht bestehe. Die Änderung in den Parteirollen bei der Aberkennungsklage wäre für die Frage der Kompetenz nur in dem Falle von Einfluß, wenn bei den Beklagten die persönlichen Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Handelsgerichts, insbesondere also die Eintragung ins Handelsregister des Kantons Zürich, nicht zutreffen würden.

(Appell. K. B. v. 13. März 1901.)

Differenz-Einwand und Kontokorrent-Bestätigung.

Ein Privatmann, der gegen ein Bankinstitut in Berlin den Differenzeinwand erhoben hatte, wurde vom dortigen Landgericht abgewiesen, weil er die ihm im Laufe der Geschäftsverbindung übersandten Konto-Korrente anstandslos bestätigt hatte. Das Kammergericht Berlin hat sodann bei seiner Entscheidung vom April d. J. erklärt, daß die Anerkennung eines Konto-Korrentes, vorausgesetzt daß dasselbe auf beiden Seiten, nicht etwa nur auf der Debetseite, Buchungen aufweist, zur Abschneidung jedes Differenz-Einwandes genügt. Der Begründung ist zu entnehmen:

Der Klageanspruch, soweit er sich auf den Erlös der in den Konto-Auszügen bis zum 31. Dezember 1899 aufgeführten Wertpapiere erstreckt, wird zum größten Teile dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger den ihm von der Beklagten übersandten Kontoauszug für den 31. Dezember 1899 als richtig anerkannt hat, womit auch die Richtigkeit des in diesen Kontoauszug aufgenommenen, für den Kläger aus dem Kontoauszuge vom 15. Oktober 1899 sich ergebenden Kreditsaldos von M. 5077. 40 und des Kontoauszuges vom 15. Oktober 1899 anerkannt ist. Kläger ist nach Maßgabe der von der Beklagten vorgelegten Bedingungen für laufende Rechnungen mit der Beklagten in Kontokorrentverkehr getreten. Die Geschäftsverbindung ist hiernach eine solche gewesen, daß die Kredit- und Debetposten sich gegenseitig ausgleichen und nur ein Anspruch auf den bei der Abrechnung für den einen oder den andern Teil sich ergebenden Saldo besteht. Kläger muß daher, da er den für ihn mit einem Guthaben von M. 500. 60 Pf. abschließenden Kontoauszug für den 31. Dezember 1899 anerkannt hat, die Ausrechnung seiner Forderungen gegen seine Schuld aus den unverbindlichen Differenzgeschäften sich gefallen lassen. Das Kompensationsverlangen der Beklagten ist durch Anerkennung des Saldos von dem Kläger genehmigt worden. Daß eine solche nach Entstehung der Spielschuld von den Parteien vollzogene Kompensation der Zahlung gleich steht, ist von dem Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen (vergl. Jurist. Wochenschrift für 1896 S. 160 No. 76, S. 607 No. 26, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 38 S. 240. Juristische Wochenschrift für 1897 S. 610 No. 26 u. s. w.)

Das Reichsgericht hat dem klagenden Kunden, der den Differenz-Einwand erhoben hatte und dann zur Anregung der Revision um das Armenrecht einkam, dieses mit der Motivierung verweigert, daß die Revision gegen das Urteil aussichtslos sei.

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben
von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Juli 1901. XX. Band. No. 13.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteile des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Gewährleistungspflicht des Zedenten, b) Fabrikhaftpflicht. II. Entscheid der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. Weibergutsforderung. III. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Seeversicherung.

Schweizerisches Bundesgericht.

I. Gewährleistungspflicht des Zedenten.

Entgeltlicher Erwerb von Schuldbriefen ohne Gewährleistung des Zedenten. O. R. 192. Vorbehalt des Zessionars betr. regelmäßiger Verzinsung der Vorstände.

Durch Vertrag vom 23. Oktober 1899 kauften die Beklagten Krauer und Schoop in Zürich von der Klägerin, Sparbank Eggis u. Cie. in Freiburg, 18,000 Stück Freiburger 20 Franken-Lose, wobei sich die Klägerin verpflichtete, gegen die ersten 10,000 Stück dieser Lose „gute Schuldbriefe, die HH. Krauer und Schoop ihr successive zur Einsicht senden", an Zahlung zu nehmen. Die Beklagten sandten ihr hierauf Kopien einer größeren Anzahl von Schuldbriefen, darunter diejenige eines Schuldbriefes von Fr. 9000. — auf Gustav Rittermann, haftend auf einem Grundstücke an der Paulstraße in Zürich, welches Grundstück indessen bereits von Alexander Heß erworben worden war. Nachdem die Klägerin von einem Informationsbureau die Auskunft erhalten hatte, daß sowohl Rittermann als Heß als solide und thätige Leute gelten, welche Vermögen besitzen und regelmäßig zahlen, erklärte sie am 22. Dezember 1899 der Beklagten bezüglich der genannten Schuldbriefe, sie sei bereit, diese Titel zu acceptieren unter der Bedingung, daß sie ihr mit einer regelrechten Zession übermittelt werden, und daß die Zinsen der im Rang vorstehenden Hypotheken „à jour" seien. Bezüglich einer Anzahl weiterer Titel erklärte sie, dieselben nicht annehmen zu können, da ihr die eingezogenen Erkundigungen nicht genügend erscheinen. Mit Schreiben vom 23. Dezember bestätigte die Klägerin den Beklagten, daß sich diese einverstanden erklärt hätten, von den ihr abgetretenen Titeln Notiz zu nehmen und ihr von allfälligen, sie interessierenden Zufällen sofort Kenntnis zu geben, und fügte bei: „Wir behalten uns nur noch die Zusicherung vor, daß die Zinsen der vorstehenden Hypotheken regelmäßig bezahlt worden sind. Am 28. Dezember 1899 berichteten die Beklagten der Klägerin, sie hätten soeben erfahren, daß gegenwärtig nicht mehr Rittermann, sondern Alexander Heß Eigentümer der in dem 9000 Fr.-Schuldbrief verschriebenen Liegenschaft sei. Den in Frage kommenden Titel werden die Beklagten ihr nächster Tage in Original zustellen, „da solcher von Ihnen acceptiert

und die Sicherheit durch Zutritt eines neuen Schuldners eher noch größer geworden ist." In ihrer Antwort vom 29. Dezember beklagte sich die Klägerin darüber, „wie unpraktisch und mit allerlei Hindernissen und Zögerungen die Zedierung von zürcherischen Schuldbriefen verbunden ist," und machte den Beklagten den Vorschlag, sie sollen die Titel selbst kaufen, und der Klägerin als Faustpfänder für die Lose übergeben. Die Beklagten gingen hierauf nicht ein und beschwerten sich, daß die Klägerin unverhätnismäßig viel Zeit brauche, um über die Annahme oder Nichtannahme der ihr unterbreiteten Titel Bescheid geben zu können. Mit Schreiben vom 13. Januar 1900 entschuldigte sich die Klägerin damit, daß ihre Anfragen über die Solidität der proponierten Titel von der „Auskunftei" nicht rascher beantwortet worden seien, und daß sie selbstverständlich keine Titel annehmen wolle, worüber sie nicht von ihren Vertrauensmännern genügenden Aufschluß habe. Sie kommt sodann nochmals auf ihren am 29. Dezember gemachten Vorschlag zu sprechen, der von den Beklagten abgelehnt worden sei und frägt: „Da wir aber überzeugt sind, daß Sie uns nur gute und solide Briefe abtreten wollen, könnten Sie uns diese Titel nicht mit Ihrer Garantie zedieren? Diese nominalische Formalität hätte für Sie keine Bedeutung, und wir könnten unsererseits ohne langwierige weitere Erkundigungen die Briefe annehmen." Ohne hierauf zu antworten, übersandten die Beklagten der Klägerin am 16. Januar 1900 neben einem andern Titel den Schuldbrief auf Gustav Rittermann, nun auf Alexander Heß, „im Sinne unseres Vertrages." Der Klägerin fiel auf, daß die auf diesen Titeln angebrachte Zession die Worte „ohne Nachwährschaft" enthielt, und erbat sich genauen Aufschluss über deren Sinn. Wenn sie bedeuten sollten, daß die Zession erfolge „sans garantie de la validité ou régularité du titre", so würde sie dieselbe nicht annehmen können. Ferner tadelte die Klägerin, daß der Schuldbrief nicht, wie vereinbart, die direkte Zession der Beklagten an die Klägerin enthalte. Sie erklärte am Schluß des Briefes, sie acceptiere also die beiden Titel nur „sous toutes réserves de régularité, et de la cession directe de votre maison." Behufs Ordnung der Zession wurden dann die beiden Schuldbriefe den Beklagten am 19. Januar 1900 zurückgesandt, und von diesen der Klägerin am 22. gl. Monats wieder zugestellt, die nunmehr, ohne weiter einen Vorbehalt zu machen, erklärte, sie habe dieselben in Ordnung (régularisées) erhalten und entlaste die Beklagten. Auf Grund des Vertrages vom 23. Oktober 1899 setzte sich nun der Verkehr zwischen den Parteien weiter fort. Mit Brief vom 31. Januar 1900 konstatierte die Klägerin, daß nach eingezogenen Erkundigungen die ihr eingesandten Titel nicht absolut sicher seien, und schlug den Beklagten mit Rücksicht hierauf einen Kompromiß vor, wonach sie sich verpflichtete, ihnen 8000 Lose von je 20 Fr. zum Kurse von 17 Fr. abzugeben „contre espèces ou contre de bons titres hypothécaires de Zurich ou Lucerne, cessionnés „„avec votre garantie"". Die Beklagten traten indessen auf dieses Anerbieten nicht ein.

Auch die Klägerin beharrte nicht weiter auf ihrem Vorschlag.

Am 11. Mai 1900 erhielt die Klägerin vom Betreibungsamt Zürich V die Anzeige, daß sämtliche dem Alexander Heß gehörenden Liegenschaften infolge Verwertungsbegehren auf öffentliche Steigerung gebracht werden, und am 15. August wurde die in dem streitigen Schuldbriefe verpfändete Liegenschaft versteigert. Der Erlös war derart, daß der Schuldbrief gänzlich ungedeckt blieb. Die Klägerin belangte deshalb die Beklagten mit der vorliegenden Klage auf Rücknahme desselben und Ersatz des Wertes desselben nebst 5% Zinsen seit 16. Januar 1900.

Das Handelsgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 21. Dezember 1900 ab. Dabei ging es davon aus, es könne dahingestellt bleiben, ob beim Verkehr mit Schuldbriefen von einer Anwendung der Art. 243 ff. O. R. die Rede sein könne (zu vgl. diese Blätter Bd. VIII S. 33), da es sich in concreto nicht um den Kauf von Schuldbriefen handle. Ein Kaufgeschäft sei in dem Vertrag vom 23. Oktober 1899

allerdings zu erblicken, Kaufsobjekt seien aber nicht die Schuldbriefe, sondern die Lose, während dagegen die Hingabe der ersteren an Zahlungsstatt erfolgt sei. Demgemäß könne sich die Klägerin nicht einfach auf den Standpunkt stellen, daß der streitige Titel nicht vertragsgemäß gewesen sei. Allerdings habe sie nach dem Vertrage nur „gute" Titel annehmen müssen. Habe sie sich mit der Annahme eines solchen aber einmal einverstanden erklärt, so wäre ihr bei einem nachträglichen Verluste der Rückgriff auf die Beklagten nur dann offen gestanden, wenn dieselben bei der Abtretung des Titels selbst zu der ihnen gesetzlich obliegenden Haftung für die Existenz der Forderung hinzu auch noch diejenige für die Einbringlichkeit derselben übernommen hätten. Letzteres sei aber zweifellos nicht geschehen. Ebensowenig erscheine der weiter von der Klägerin eingenommene Standpunkt, der Titel sei mangels Erfüllung einer von ihr gestellten Bedingung gar nicht auf sie übergegangen, als begründet. Die Klägerin habe in den Briefen vom 22. und 23. Dezember nämlich bezüglich der Zinse der Vorstände keine Bedingung aufgestellt, sondern nur eine Erklärung der Beklagten verlangt, sich dann aber bei deren Stillschweigen beruhigt.

Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht, welches indessen den Entscheid der Vorinstanz bestätigte.

Gründe.

1. Die Klage stützt sich in erster Linie darauf, daß die Beklagten der Klägerin den fraglichen Schuldbrief unter der Zusicherung der Güte desselben verkauft haben, jedenfalls aber unter der Zusicherung, daß die Zinse der vorstehenden Hypotheken in Ordnung seien. Da diese Zusicherungen sich als unrichtig erwiesen haben, seien die Beklagten der Klägerin gemäß Art. 243 ff. O. R. haftbar. Eventuell haften die Beklagten, weil sie sich durch die vorbehaltlose Übergabe des Schuldbriefes eines dolus schuldig gemacht haben; denn gegenüber der von der Klägerin aufgestellten Bedingung, betreffend die Zinse der Vorstände seien die Beklagten nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, entweder den Brief daraufhin noch zu prüfen, oder dann zu erklären, daß das nicht geschehen sei. Das Stillschweigen der Beklagten über diesen Punkt, verbunden mit der Bemerkung, sie senden den Brief im Sinne des Vertrages, habe die Klägerin in den Irrtum versetzen müssen, die Sache sei in dieser Beziehung in Ordnung. Diesen Irrtum haben die Beklagten in unredlicher Weise benützt. In zweiter Linie nimmt die Klägerin den Standpunkt ein, sie habe den Brief nur unter der ausdrücklichen Bedingung angenommen, daß die Zinse der Vorstände in Ordnung seien, diese Bedingung habe sich aber nicht erfüllt, weshalb das streitige Geschäft als nicht zustande gekommen betrachtet werden müsse.

2. Die rechtliche Natur der Klage ist je nach dem einen oder dem andern Standpunkt, von dem aus sie begründet worden ist, eine verschiedene. Mit der in erster Linie gestellten Begründung macht die Klägerin eine kaufsrechtliche Gewährpflicht der Beklagten geltend; sie behauptet, wegen Mängel der Kaufsache bezw. wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften derselben zur Wandelung berechtigt zu sein und stellt in diesem Sinne das Begehren um Aufhebung des Geschäftes. Mit der Behauptung sodann, das Geschäft sei eventuell wegen Nichteintretens der Bedingung, unter der es vereinbart wurde, nicht zustande gekommen, giebt die Klägerin dem von ihr erhobenen Anspruch das Fundament einer Bereicherungsklage, indem diese Behauptung darauf hinzielt, die Klägerin sei durch das fragliche Geschäft nicht verpflichtet worden, und die Beklagten würden daher, wenn sie nicht zurückerstatteten, was sie durch dasselbe erlangten, ohne Grund, zum Nachteil der Klägerin bereichert.

3. Wird nun zunächst der gegen die Beklagten erhobene Gewährleistungsanspruch geprüft, so fällt in Betracht, daß es sich bei der Übertragung der Schuldbriefe und speziell des im Streite liegenden Schuldbriefes auf Gustav Rittermann, um die Abtretung von Forderungen,

und zwar, da sie an Zahlungsstatt geschah, um eine entgeltliche Abtretung handelt. Für die Gewährspflicht der Beklagten kommt somit Art. 192 Abs. 1 und 2 O. R. zur Anwendung, wornach der Abtretende für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung haftet, für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners dagegen nur, wenn er sich dazu verpflichtet hat. Für die Güte der Forderung (die sog. Bonität im Gegensatz zur Verität der Forderung) gilt mithin eine Gewährspflicht nur dann als übernommen, wenn eine derartige Willensmeinung ausdrücklich erklärt worden ist, oder sich sonst aus der, dem Zessionsakt zu Grunde liegenden Vereinbarung, dem materiellen, den Zessionsgrund bildenden Rechtsgeschäft ergiebt.

4. In casu erscheint nun aber der Beweis dafür, daß nach Meinung der zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen die Beklagten für die Bonität der an Zahlungsstatt zu gebenden Schuldbriefe, und speziell des hier streitigen Schuldbriefes zu haften haben, nicht als geleistet. Eine dahin gehende Garantie ist von den Beklagten weder ausdrücklich noch stillschweigend übernommen worden. Im Vertrag vom 23. Oktober 1899 ist davon keine Rede, im Gegenteil weist die Bestimmung, daß die Klägerin (teilweise) an Zahlungsstatt gute Schuldbriefe annehme, die ihr die Beklagten successive zur Einsicht senden, darauf hin, daß durch diesen Vertrag eine Garantieleistung des behaupteten Inhalts nicht vereinbart worden ist; denn wenn die Titel der Klägerin zur Einsicht einzusenden waren, so wollte sie dieselben eben, bevor sie sich über deren Annahme entschloß, auf ihre Sicherheit hin prüfen, und daß sie eine solche Prüfung vorgenommen, und von sich aus Erkundigungen über die Sicherheit der ihr vorgelegten Schuldbriefe eingezogen hat, auch die ihr nicht gut scheinenden unbedenklich retournierte, stellt die Vorinstanz thatsächlich fest. Nun konnte es aber keinen vernünftigen Sinn haben, daß die Beklagten unter diesen Umständen allgemein für die von ihnen eingesandten Titel Garantie leisteten, bevor sich die Klägerin auch nur darüber ausgesprochen hatte, ob sie die einen oder andern davon annehmen wolle oder nicht; auch bemerkt die Vorinstanz mit Recht, daß die Klägerin, wenn die Beklagten nach dem Vertrage für die Güte der Titel zu haften hatten, zu der von ihr vorgenommenen eigenen Prüfung und Erkundigung kaum Anlaß gehabt haben würde. In der Folge hat denn allerdings die Klägerin mehrfach versucht, die Beklagten zu einer Garantieleistung, oder doch zu einer Modifikation in der Abwickelung der Geschäfte zu veranlassen, die praktisch auf dasselbe Ziel hinaus gelaufen wäre. Allein die Beklagten sind hierauf nicht eingetreten; sie haben die Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie nach dem Vertrag eine derartige Verpflichtung nicht übernommen haben, und die Klägerin hat sich dabei beruhigt und speziell den fraglichen Titel angenommen, und dessen Empfang bescheinigt, trotzdem die Beklagten eine Nachwährschaft nicht übernommen hatten. Wie wenig die Klägerin damals auf eine Garantie der Beklagten für die Güte der Schuldbrieforderung rechnete, beweist der Umstand, daß sie gegenüber der von den Beklagten in den Zessionsvormerk aufgenommenen Klausel „ohne Nachwährschaft“ sich nicht etwa darauf beriefen, daß die Beklagten zu einer Garantieleistung im angegebenen Sinne verpflichtet seien, sondern die Klausel nur insoweit beanstandete, als dieselbe etwa die Garantie für die „validité“ oder „régularité“ des Titels ausschließen würde. Mit der Garantie dafür, daß der Titel valable und régulier, gültig und in der Ordnung sei, war aber eine Haftung für die Güte desselben, bezw. für die Einbringlichkeit der Forderung noch nicht ausgesprochen.

5. Aus dem Gesichtspunkte der Gewährspflicht des Zedenten kann somit die Klage nicht gutgeheißen werden. Sie läßt sich aber auch nicht darauf gründen, daß das Abkommen betreffend Übernahme des Schuldbriefes ein bedingtes gewesen, und die aufgestellte Bedingung nicht eingetreten sei. Es ist zwar richtig, daß die Klägerin erklärt hatte, den fraglichen Titel (neben andern) nur unter der Bedingung annehmen zu wollen, daß auf den vorstehenden Hypo-

theken keine Zinsen rückständig seien. Sie wäre daher nicht verpflichtet gewesen, den Titel anzunehmen, so lange die Beklagten sich nicht darüber ausgewiesen hatten, daß dies der Fall sei; ebenso wäre ihr offenbar das Recht zugestanden, den einmal angenommenen Titel wieder zurückzugeben, wenn sich nachher eine von den Beklagten ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Zusicherung, daß jene Zinsen in Ordnung seien, als unrichtig herausgestellt hätte.

Wenn aber die Klägerin, trotzdem die Beklagten keine solche Zusicherung gegeben und sich über die Zinsen einfach ausgeschwiegen hatten, den fraglichen Titel gleichwohl, ohne weitern Vorbehalt, annahm, so kann sie dieses Rechtsgeschäft nicht mehr unter der Berufung darauf rückgängig machen, daß die s. Zt. gestellte Bedingung nicht erfüllt sei. Denn unter jener Bedingung war ja nicht die Annahmeerklärung selbst, sondern die Verpflichtung zur Annahme erfolgt. Als unter jener Bedingung geschehen könnte die vorbehaltlose Annahme, die Empfangnahme des Titels nur betrachtet werden, wenn die Beklagten entweder ausdrücklich zugesichert, oder die Klägerin im Glauben gelassen hätten, daß sie dafür, daß die Zinsen in Ordnung seien, einstehen werden. Dies ist jedoch nicht geschehen. Auf die Erklärung der Klägerin hin, daß diese die Titel nur annehme, wenn die Zinsen in Ordnung seien, haben die Beklagten geschwiegen. Dieses Verhalten kann nicht als Zustimmung ausgelegt werden; denn die Klägerin mußte daraus sehen, daß die Beklagten es ablehnen, eine Garantie in der gedachten Richtung zu übernehmen. Es kann deshalb auch nicht gesagt werden, daß die Beklagten sich eines arglistigen Verhaltens schuldig gemacht haben, indem sie der Klägerin über den fraglichen Punkt keine Auskunft gaben, sondern ihr einfach den Titel „im Sinne des Vertrages" zusandten. Denn in diesem Verhalten konnte die Klägerin nichts anderes erblicken, als die Erklärung, die Klägerin möge sich über dessen Annahme an Zahlungsstatt schlüssig machen, bezw. denselben annehmen, wenn sie sich überzeugt haben werde, daß der Titel der getroffenen Abrede gemäß an Zahlungsstatt annehmbar sei.

(27. April 1901. Sparbank Eggis & Cie. c. Krauer und Schoop.)

II. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Frage des Selbstverschuldens. Mit dem Beweis der Haftbefreiungsgründe seitens des Arbeitgebers ist es strenge zu nehmen; eine bloße Wahrscheinlichkeit für das Selbstverschulden genügt nicht.

Der Ehemann, bezw. Vater der heutigen Kläger, der im Jahre 1838 geborene Raimund Weinmann, war im Baugeschäfte der Beklagten als Maurer, mit einem Taglohn von Fr. 4. 60 bei normalem Arbeitstag angestellt. Am 12. Juli 1899, abends cirka 6 Uhr, verunglückte er in dem von den Beklagten geleiteten Neubau des Konsumvereins Zürich derart, daß er seinen Verletzungen bald erlag. Der Hergang beim Unfall war nach der Aktenlage folgender: Weinmann befand sich auf dem aus T-Eisen bestehenden Etagengebälke des III. Stockwerkes des genannten Neubaues und war damit beschäftigt, die Kamine über Dach hinaufzuführen. Gleichzeitig war ein Arbeiter, Namens Preis, auf demselben Stockwerk mit dem Ausbrechen einer Öffnung zum Einziehen eines T-Balkens beschäftigt. Der Boden war speziell dort, wo Weinmann arbeitete, genügend mit Gerüstladen zugedeckt. Unmittelbar vor 6 Uhr begab sich Weinmann zu Preis, um sich danach zu erkundigen, was dieser für eine Arbeit verrichte. Als Preis sich nach seiner Antwort: „Das siehst du ja" umdrehte, war Weinmann durch eine kleine Öffnung hinuntergefallen, die dadurch entstanden war, daß Preis, um arbeiten zu können, zwei Bretter des Bodengerüstes verschoben und in eine schräge Richtung gebracht hatte. Die Distanz vom festen breiten Gerüst bis zur Stelle, wo Preis arbeitete, betrug 1,50 *m* und die Überbrückung war 1,20 *m* breit.

Die Witwe und die minderjährigen Kinder des Weinmann verlangten nun von den Beklagten im Prozeßwege die Bezahlung von 5500 Fr. nebst Zins zu 5% seit 12.

Oktober 1899 gestützt auf das erweiterte Haftpflichtgesetz. Dabei wurde vor den kantonalen Instanzen vorgebracht, die Beklagten treffe ein Verschulden am Unfall. Die Beklagten anerkannten vor erster Instanz die Klage im Betrage von 2000 Fr., beantragten aber Abweisung der Mehrforderung, indem sie geltend machten, der Unfall sei auf Selbstverschulden Weinmanns zurückzuführen, da dieser ohne geschäftliche Veranlassung zu Preis gegangen sei und dabei nicht auf den Weg geachtet habe. Während die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich, I. Abtlg.) sich der Auffassung der Beklagten anschloß und daher die Klage abwies, soweit sie den von den Beklagten anerkannten Betrag überstieg, ist die zweite Instanz davon ausgegangen, ein Selbstverschulden des Verunglückten sei nicht nachgewiesen; dagegen hat auch sie angenommen, ein Verschulden der Beklagten liege nicht vor.

Das Bundesgericht bestätigte diesen Entsche.d.

Gründe:

1. Daß den Beklagten ein Verschulden nicht zur Last fällt, ist heute nicht mehr streitig; die Kläger stellen in der Anschlußberufungsschrift selber nicht mehr auf ein solches Verschulden ab. Ebensowenig ist heute noch bestritten, daß zwischen der Arbeit des Verunglückten und dem Unfall ein Kausalzusammenhang bestanden habe, bezw. daß es sich um einen Betriebsunfall handle; die Beklagten haben die Annahme der ersten Instanz, daß es sich so verhalte, nicht angefochten, vielmehr berufen sie sich zur Begründung ihrer Anträge vor Bundesgericht ausdrücklich auf die Motivierung des erstinstanzlichen Urteils.

2. Streitig ist daher heute nur noch die Frage des Selbstverschuldens des Verunglückten. Die Vorinstanz hat dieses verneint, indem sie ausführt: Für die Annahme der ersten Instanz, daß Weinmann beim Betreten des für und von Preis hergestellten Brettergerüstes die nötige Sorgfalt außer Acht gelassen habe und infolge eines Fehltrittes abgestürzt sei, spreche allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit; allein die Möglichkeit, daß er gestrauchelt oder ausgeglitscht sei, sei durchaus nicht ausgeschlossen; er könnte auf einen kleinen Gegenstand (Steinchen, Nagel u. drgl.) getreten sein, oder von einem plötzlichen Schwindelanfall oder einem sonstigen plötzlichen Unwohlsein befallen worden sein. Aber auch wenn man annehmen wollte, er sei infolge eines Fehltrittes abgestürzt, so wäre damit noch nicht erwiesen, daß er sorglos, unachtsam gehandelt habe. Gegen diese Ausführungen wenden sich die Beklagten in der Berufungsschrift; sie machen geltend: Für den Beweis des Selbstverschuldens müsse eine derartige Wahrscheinlichkeit genügen, daß der Richter daraus mit gutem Gewissen schliessen dürfe, daß das Selbstverschulden die Ursache des Unfalls sei; nun könne einem Zweifel nicht unterliegen, daß Weinmann bei nur ganz geringer, gewöhnlicher Sorgfalt nicht hätte abstürzen sollen. Die von der Vorinstanz herangezogenen „Möglichkeiten" der Unfallursache seien aktenwidrig. Diesen Ausführungen der Beklagten ist zu entgegnen: Zu den obersten Grundsätzen der schweizerischen Fabrikhaftpflichtgesetzgebung gehört, daß der Arbeitgeber für Zufall, d. h. für ein nicht auf das bestimmte Verhalten eines bestimmten Menschen zurückführbares Ereignis haftet. Daraus folgt die ausdrücklich im Gesetze ausgesprochene Verteilung der Beweislast in der Weise, daß er die sog. Haftbefreiungsgründe — höhere Gewalt, Verbrechen oder Vergehen dritter Personen, Selbstverschulden — zu beweisen hat. Es folgt daraus aber auch weiter, daß es mit dem Beweis der Haftbefreiungsgründe streng genommen werden muß; besonders für das Selbstverschulden des Verletzten kann eine bloße Wahrscheinlichkeit nicht genügen. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis darf allerdings dort genügen, wo der Natur der Dinge nach mehr überhaupt nicht verlangt werden kann, z. B. bei der Würdigung ärztlicher Expertisen auf ihre Schlüssigkeit auf den Kausalzusammenhang zwischen Unfallsereignis und Erkrankung bezw. Tod; ferner dort, wo es sich um etwas im Leben Normales gegenüber einem Anormalen — wie z. B. in der Unfallversicherung bei der Frage, ob Unfall oder Selbstmord — handelt. Dagegen darf Selbstverschulden des Verletzten in Haftpflichtsachen nur dann angenommen werden, wenn

andere, nicht ganz außergewöhnliche Möglichkeiten der Verursachung des Unfalls nicht ausgeschlossen sind. Die Vorinstanz hat sonach bei der Würdigung der Frage des Selbstverschuldens keinen Rechtsirrtum begangen. Aber auch der weitere Angriff der Beklagten: die von der Vorinstanz angenommenen Möglichkeiten widersprechen den Akten, geht fehl; diese Möglichkeiten liegen vielmehr vollständig im Kreise der bei der Aktenlage gedenkbaren. Der Beweis des Selbstverschuldens des Verunglückten ist daher mit der Vorinstanz nicht als geleistet anzusehen.

(Weinmann c. Fietz & Leuthold, 26. Dezember 1900.)

Obergericht des Kts. Zürich.

Appellationskammer.

Weibergutsforderung.

Auch in denjenigen Fällen, wo ein Teil des Weibergutes anderweitig sichergestellt ist, ist eine Anschlußpfändung im Sinne des Art. 111 Sch.- u. K.-G für den ganzen Betrag desselben zulässig.

Die Klägerin, Frau Knecht, machte anläßlich einer gegen ihren Ehemann vollzogenen Pfändung zu Gunsten der Beklagten Pestalozzi & Cie. eine Weibergutsforderung von 14,000 Fr. im Wege der Anschlußpfändung geltend. Da dieselbe von den Beklagten bestritten wurde, leitete die Klägerin beim Einzelrichter Klage ein auf Anerkennung derselben, wobei sie das Begehren stellte, es sei ihre Forderung im Betrage von Fr. 1783. 50 Cts. als unbedingt berechtigt anzuerkennen, für den Mehrbetrag von Fr. 12,216. 50 Cts. dagegen als bedingt berechtigt, für den Fall und in dem Maße, als sie mit ihrer Weibergutsversicherung pr. 14,000 Fr. (auf Liegenschaften ihres Ehemanns) im Verwertungsverfahren gegen denselben zu Verlust komme. Der Einzelrichter erklärte die Weibergutsforderung der Klägerin und ihre Anschlußpfändung im Betrage von 14,000 Fr. für begründet; die übrigen Begehren derselben wurden — als nicht in dieses, sondern eventuell ins Kollokations-Verfahren gehörend — abgewiesen.

Über dieses Erkenntnis beschweren sich die Beklagten, indem sie beantragen, die Weibergutsforderung und Anschlußpfändung der Klägerin im vollen Umfang als unbegründet abzuweisen event. nur in reduziertem Betrage gutzuheißen.

Sie stellen sich in erster Linie auf den Standpunkt, daß die Anschlußpfändung der Rekursgegnerin für ihre Weibergutsforderung schon deshalb unzulässig sei, weil sie für dieselbe durch die ihr von ihrem Ehemann errichtete Grundversicherung Deckung erhalten und dieselbe vorbehaltlos angenommen habe; event. deshalb, weil zurzeit noch nicht feststehe, ob und in welchem Betrage sie mit dieser Deckung zu Verlust kommen werde. Die Appellationskammer hat diese Einrede verworfen.

Gründe:

Der Art. 111 des Sch.- u. K.-G. bezw. der darauf beruhende § 31 des zürch. Einf.-Ges. giebt der Ehefrau unbeschränkt das Recht, sich für Forderungen, welche aus dem ehelichen Verhältnisse herrühren, innert 40 Tagen der Pfändung zu Gunsten eines treibenden Gläubigers anzuschließen; er macht dieses Recht also nicht davon abhängig, daß die Ehefrau für ihre Forderung nicht bereits anderweitige Sicherheit besitze. Eine solche Beschränkung kann auch nicht als im Sinne des Gesetzes liegend angenommen werden; denn das Gesetz will ja gerade, daß die Ehefrau und die Kinder eines betriebenen Schuldners für ihre Ansprüche auch, soweit sie nicht privilegiert sind — zum mindesten den laufenden Gläubigern gleichgestellt werden und mit denselben zur Befriedigung gelangen. Diese Absicht würde aber vereitelt, wenn man denselben das Recht des Anschlusses verweigern würde, solange sie für ihre Ansprüche eine anderweitige, vielleicht sehr zweifelhafte und ungenügende Sicherheit besitzen, da bis zu deren Liquidation ja in den allermeisten Fällen die 40-tägige Anschlußfrist längst abgelaufen wäre. -- Es muß ihnen daher das Recht zugestanden werden, sich auch für ihre versicherten Ansprüche — soweit sie dies in ihrem Interesse für nötig finden —

einer Pfändung anzuschließen, wobei selbstverständlich die Frage, in wie weit sie an dem Pfändungserlöse partizipieren, dem Kollokationsverfahren vorbehalten bleibt.

(Knecht c. Pestalozzi & Cie.
20. April 1901. B.)

Handelsgericht des Kts. Zürich.

1. April 1901.

Waller frères & Cie. c. Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft.

Seeversicherung.

Rechtsverbindlichkeit einer provisorischen Police, als Einigung über die wesentlichen Versicherungselemente, Ergänzung in gewissen Einzelheiten durch die definitive Police, gemäß dem mutmaßlichen Parteiwillen. Der Einwand des Versicherten gilt nicht, er habe die zahlreichen in der definitiven Police beigedruckten Bedingungen nicht gelesen. Die Bemerkung in der provisorischen Police: „3 % Franchise, mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht ist", enthält nicht ohne weiteres die Vereinbarung der sog. „französischen Konditionen", geht aber als Spezialvereinbarung der widersprechenden Bedingung der definitiven Police: „Frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" vor. Bedeutung der „Franchise". — Pflicht des Nehmers einer provisorischen Police zur beförderlichen Erstattung der Detailsangaben an den Versicherer. — Besondere Haverei, Eindringen von Seewasser. Berechnung des versicherten Schadens (durch die Beschädigung verlorene Wertprozente, berechnet auf dem versicherten Werth der betreffenden Ware in unbeschädigtem Zustand, „Bruttowert") Policebedingung, daß der Bruttowert im Bestimmungshafen unter Einrechnung des Eingangszolles zu bestimmen sei; dies hat, auch nach den allgemeinen Intentionen des Versicherungsvertrages, nicht etwa zur Voraussetzung, daß der Eingangszoll vom Versicherungsnehmer mitversichert worden sei, und diese Gegenüberstellung der Bruttowerte gilt auch, wenn die Ware nur in transito im Bestimmungshafen gelöscht werden soll; bei Nichtversicherung des Zolles ist der Versicherungsnehmer also hiefür Selbstversicherer. Unmöglichkeit (im Spezialfalle) der Gegenüberstellung des Minderwertes der beschädigten Ware einschließlich des Zolles, weil s. Z. von den Schiedsmännern bei der Schadensfeststellung der Minderwert in festen Beträgen, nicht in Schadensprozenten, bestimmt wurde und Anhaltspunkte für eine neue Schätzung fehlen; daher Gutheißung einer eventuellen Wahrscheinlichkeitsrechnung des Versicherungsnehmers, unter Umrechnung der s. Z. festgestellten fixen Minderwerte in die entsprechenden Prozente des Gesundwertes der Ware unverzollt und Berechnung derselben vom Gesundwerte verzollt. — Haftung des Versicherers für Manko und für „Schwinden" des Versicherungsgutes. Platzusanzen, speziell in Venedig, für „calo naturale" und bezügliche Befreiung des Versicherers.

Mit Brief vom 4. Mai 1900 beauftragte das Pariser Haus der Firma Waller frères & Cie. seine Niederlassung in Zürich, hier provisorisch zu decken Fr. 350,000 auf Getreide auf dem griechischen Dampfer „Frosso" von Genitschesk oder einem andern Hafen des Azowschen Meeres mit Bestimmung nach Venedig, zu 3/8 % Prämie „conditions françaises, franchise 3 %, remboursement intégral". Dieses Schreiben übergab der hiesige Prokurist M. Sternberger am 5. Mai dem hiesigen Vertreter der Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft, A. Baschò, unter Anmeldung der Versicherung. Letzterer nahm den Auftrag an und trug ihn sofort in die Abschlußliste ein, gleichen Tags stellte er Waller frères & Cie. eine „vorläufige Versicherungsannahme" zu, dahingehend, daß die Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft von ihnen auf Grund des eingereichten schriftlichen Versicherungsantrages für den obgenannten Transport eine Partie Weizen im Betrage von Fr. 350,000 zur vorläufigen Versicherung übernehme, „zur Kondition 3 % Franchise, mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht", und sich verpflichte, die endgültige Police zuzustellen, sobald Waller frères & Cie.

„ihr die hiezu nötigen Angaben gemacht haben".

In der Folge zeigte sich, daß Baschò bei diesem Abschluß gegen die ihm von der Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft gegebenen Instruktionen handelte, die dahin giengen, überhaupt nur zu den Bedingungen „franc avaries particulières sauf échouement" („frei von Beschädigung, außer im Strandungsfalle") abzuschließen. Im Prozesse hat die Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft aber zugegeben, daß sie durch die Erklärungen des Baschò, Waller frères & Cie. gegenüber verpflichtet worden sei.

Die Hauptpartie des Weizens, 90,000 Puds, wurde am 14. Mai a. resp. 17. n. St. in Genitschesk auf den „Frosso", offen in den Kielraum geladen und der Rest von 40,360 Puds am 17./30. Mai; demgemäß wurden über die Ladung zwei Konossemente ausgestellt, das erstere vom 17., ein zweites vom 30. Mai n. St. datiert. Nach deren Empfang erteilten Waller frères & Cie. in Paris am 23. Mai und 6. Juni ihrem hiesigen Hause die nähern Angaben über das Versicherungsobjekt mit, nämlich für die erste Partie: „Fr. 221,500, Gegenwert von 90,000 Puds Weizen, und Fr. 18,800, Betrag der Fracht, zahlbar am Bestimmungsorte" und für die zweite Partie: „Fr. 100,000, Gegenwert von 40,360 Puds Weizen, und Fr. 7,500 Vorschüsse, ferner Fr. 1000", alles „für die Reise von Genitschesk nach Venedig." Diese Angaben übermittelte ihr hiesiger Vertreter, Sternberger, Baschò am 24. Mai und 7. Juni, und am letzern Tage zahlte er diesem die Prämie mit Fr. 1160. 50 Rp. und erhielt von ihm dagegen, entsprechend den beiden Konnossementen, zwei definitive Policen, vom 24. Mai und 7. Juni 1900 datiert, erstere auf Fr. 221,500, und Fr. 18,800 für die Fracht, zusammen auf Fr. 240,300, letztere auf Fr. 101,000 lautend.

In beiden Policen ist bemerkt: „Gegenwärtige Versicherung ist am 1. Mai 1900 beantragt worden und wird geleistet zu den umstehenden Bedingungen, denen sich die Parteien in allen Punkten unterwerfen". Auf den nachfolgenden drei Seiten sind sodann unter dem Titel „Allgemeine Bedingungen der Police" in kleinem, gedrängten, schlecht lesbarem Drucke eine Reihe von Bestimmungen angebracht. Aus denselben sind folgende hervorzuheben:

Art. 45: „Geschriebene Bedingungen gehen, wenn sie von den gedruckten abweichen, den letztern vor." — Im übrigen verweist die Police in Art. 44 für die Rechtsfolgen der Versicherung auf „die Bestimmungen dieses Vertrages", welche durch die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches subsidiär ergänzt werden."

Über den Abschluß des Versicherungsvertrages ist bemerkt: „Nach Art. 3 Abs. 1 ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, beim Versicherungsabschluß alle ihm bekannten Umstände anzuzeigen, welche für den Versicherer für die Beurteilung der von ihm zu tragenden Gefahr geeignet sind, auf den Entschluß, sich auf die Versicherung einzulassen, Einfluß zu üben." Art. 3 Abs. 3: „Jede Verschweigung oder in Bezug auf einen erheblichen Umstand gemachte unrichtige Anzeige machen den Vertrag für den Versicherer unverbindlich."

Art. 4 schreibt vor, welche Punkte der Versicherungsantrag enthalten müsse. Abs. 2: „Auch sind die letzten, dem Versicherten über die Abfahrtszeit zugekommenen Nachrichten anzugeben." „Ist es nicht möglich, diese Nachrichten gleich vollständig zu liefern, so kann gegen Bezeichnung der Gattung der Güter, ihrer ungefähren Quantität, der Reisestrecke und der annähernden Versicherungssumme, sowie gegen Angabe der letzten Nachrichten die Versicherung schon vorläufig geleistet werden, unter der Bedingung, daß der Versicherungsnehmer binnen 24 Stunden nach Empfang der fehlenden Erfordernisse seine vorläufige Erklärung obiger Anleitung gemäß ergänzt resp. berichtigt."

Art. 5 Abs. 4: „Soll die Fracht und der Zoll der Güter mitversichert werden, so ist dies im Antrag ausdrücklich zu deklarieren." Das nämliche wird in Art. 5 für die Versicherung imaginären Gewinnes verlangt.

Versicherungswert. Art. 10: „Der volle Wert des versicherten Gegenstandes ist der

Versicherungswert.“ — Art. 11: „Die Versicherung kann für den vollen Wert der Güter oder auch nur für einen Teil dieses Wertes genommen werden; wird sie nur für einen Teil des vollen Wertes geleistet, so haftet der Versicherer nur nach Verhältnis der bei ihm versicherten Summe zum Versicherungswert.“ — Art. 38: „Der Versicherer hat den ihm dargethanen Schaden, wenn bei ihm die Versicherung zum vollen Werte genommen wurde, vollständig zu vergüten, war aber nicht zum vollen Werte bei ihm versichert, so hat er jenen Schaden nur nach der Verhältnisregel zu vergüten.“ — Art. 12: „Als Versicherungswert der Güter gilt derjenige Wert, welchen die Güter am Ort und zur Zeit der Abladung haben.“ Abs. 2: „Die Fracht, der Zoll, sowie der imaginäre Gewinn werden nur hinzugerechnet, sofern es ausdrücklich beantragt oder vereinbart ist.“

Art. 20: „Die besondere Haverei fällt nur dann dem Versicherer zur Last, wenn die materiellen Beschädigungen oder Verlust der Güter die in der nachfolgenden Tabelle bezeichneten Prozentsätze (Franchise) des Versicherungswertes erreichen. (In der angehängten Franchise-Tabelle ist Getreide gar nicht erwähnt.)

Art. 21: „Für diejenigen Güter, welche nicht in nachstehender Tabelle namhaft gemacht sind, gilt die Versicherung nur frei von Beschädigung, außer im Strandungsfalle. Hat eine Strandung oder ein dieser gleich zu achtender Seeunfall sich ereignet, so haftet der Versicherer für jede 3 % erreichende Beschädigung, welche infolge eines solchen Seeunfalles entstanden ist, nicht aber für eine sonstige Beschädigung.“ Abs. 4: „Erreicht der Belauf der Beschädigung die Befreiungsprozente, so wird der gesamte Beschädigungsbelauf vergütet.“

Schadensvermittlung bei besonderer Haverei. Art. 26 Abs. 1: „Bei Gütern, welche beschädigt in dem Bestimmungshafen ankommen, ist durch Vergleichung des Bruttowertes, den sie daselbst in beschädigtem Zustande wirklich haben, mit dem Bruttowert, welchen sie dort in unbeschädigtem Zustande haben würden, zu ermitteln, wieviele Prozente des Wertes der Güter verloren sind; ebensoviele Prozente des Versicherungswertes der Güter sind dann als Betrag des Schadens anzusehen.“

Abs. 3: „Die Ermittlung des Wertes, welchen die Güter in beschädigtem Zustande haben, erfolgt entweder durch öffentlichen, unter platzüblichen Formen zu betreibenden Verkauf in consumo (verzollt), oder wenn die Gesellschaft an Ort einen Bevollmächtigten hat, und die Lage des Falles eine Wertschätzung der beschädigten Güter füglich gestattet, mittelst Abschätzung durch Sachverständige.“

„In dem einen, wie in dem anderu Falle aber ist vorher der Wert zu ermitteln, den die beschädigten Güter gehabt hätten, wenn sie gesund angekommen wären.“

„Für diese Ermittlung des Wertes, den die Güter in unbeschädigtem Zustande haben würden, ist der Marktpreis, inklusive Zoll, maßgebend, welchen Güter derselben Art und Beschaffenheit am Bestimmungsorte der beschädigten Güter bei Beginn der Löschung des Schiffes haben würden.“

Art. 27: „Sind Güter nur zum Teil beschädigt, so muß das Beschädigte, gleichviel, ob eine Auktion oder eine Wertabschätzung stattgefunden hat, soweit thunlich oder üblich ist, vom Unbeschädigten getrennt werden, und letzteres [bleibt dann bei der Schadensermittlung außer Betracht.“

Der Dampfer „Frosso“ fuhr am 30. Mai 1900 von Genitschesk ab. Laut dem vom Schiffskapitän am 15. Juni 1900 vor Gericht in Venedig abgegebenen Bericht („Seeprotest“) lichtete er am 31. Mai in Genicola, um den türkischen Schlagbaum zu passieren, 300 Tonnen Weizen, lud aber am 1. Juni das Gelichtete wieder ein und setzte die Fahrt fort. Vom 6.—8. Juni, in offener See, war das Schiff Stürmen und Regen ausgesetzt, das Meer überschwemmte beständig das Deck. Eine Untersuchung des Kielraumes ergab ein Steigen des Wassers, „welches mit der Pumpe entfernt wurde und mit Weizen vermischt herauskam.“ Am 12. Juni, abends, kam der „Frosso“ im Hafen von Venedig an.

Der Empfänger der Ware in Venedig, Guetta, nahm am 13. Juni, unter Zuzug

von Experten, eine erste Untersuchung vor. Eine am 14. Juni erfolgte weitere Sachverständigenuntersuchung ergab, daß der im Ballastraum befindliche Weizen großenteils durch Eindringen von Meerwasser längs der Schiffswände beschädigt war. Hievon benachrichtigte Guetta sofort den in der Police als Vertreter der Beklagten genannten Seeschadenskommissär G. B. Malabotich, sowie die Beklagte selbst, und diese sandte unverzüglich einen ihrer Inspekteure nach Venedig. Am 19. Juni schloß Malabotich im Einverständnis des letztern mit Guetta ein Übereinkommen, wonach beide Parteien je einen Sachverständigen zur Feststellung der Ursache und des Bestandes des Seeschadens ernannten und deren Gutachten als rechtsverbindlich anerkannte, in dem Sinn, daß die beiden eventuell zum Obmann den A. Fano in Venedig ernennen sollten; immerhin mit dem Vorbehalt, daß alle Rechte der Versicherungsparteien selbstverständlich vorbehalten bleiben und immer den Bedingungen der Police unterworfen seien. Diesen Vorbehalt fügten die Parteien, insbesondere Malabotich, auch allen weitern Feststellungen, wie auch jeder Zahlung für Spesen u. s. w., bei. — Die Sachverständigen stellten fest: 2000 Zentner des Weizens seien bereits als gesund befunden versandt worden, weitere 1000 Zentner seien noch gesund vorhanden. Der Wert des gesunden Weizens betrage in Venedig Fr. 16. 50 per 100 *kg.*, frei von Zollgebühren. Eine Partie von 4071 Zentnern Weizen aus dem „Frosso" sei leicht vom Seewasser beschädigt. Der Minderwert betrage 75 Cts. per Zentner. Im übrigen teilten sie den durchnäßten Weizen je nach dem Grade der Beschädigung in 5 Gruppen ein, nämlich: 1.) 200 Zentner seien wegen plötzlicher Gärung gänzlich verdorben, 2.) 1800 Zentner seien erheblich beschädigt und in Gärung begriffen, 3.) 1650 Zentner seien in etwas besserem Zustand, 4.) 7450 Zentner seien etwas weniger beschädigt, 5.) 3001. 76 Zentner seien ebenfalls beschädigt. Über den Minderwert dieser 5 Partieen des beschädigten Weizens konnten sie sich nicht einigen. Der von ihnen hiefür angerufene A. Fano schätzte den Minderwert bei Partie 1 auf Fr. 13, bei No. 2 auf Fr. 4. 70, No. 3: Fr. 4, No. 4: Fr. 2. 25 und No. 5: Fr. 3 per Zentner.

Die Beklagte verweigerte Guetta die Zahlung der von ihm gestellten Schadensrechnung und wiederholte diese Weigerung auch der Klägerin gegenüber; da Baschò nur berechtigt gewesen sei, die Versicherung „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfalle" abzuschließen.

Im Prozesse verlangten Waller frères & Cie., daß die Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft verpflichtet werde, ihnen den eingetretenen Schaden mit Fr. 53,091. 45, nebst Verzugszins, zu bezahlen, indem sie folgende Rechnung aufstellten:

1. Versicherter Schaden, laut den Konstatierungen in Venedig nämlich: Minderwert des Weizens Fr. 46,478. 75, (4071 Zentner à 75 Cts. = Fr. 3053. 25, ferner bei Partie No. 1 Fr. 2600, No. 2 Fr. 8460, No. 3 Fr. 6600, No. 4 Fr. 16,762. 50, No. 5 Fr. 9003) bei einem Wert des ganzen von Fr. 299,838, also 15,501 % von der Versicherungs - Summe der havarierten Ware von Fr. 290,456 berechnet.	Fr.	45,024. 40 Cts.
Manko, voll berechnet, weil voll versichert . .	„	2,879. — „
Untersuchungskosten u. Gebühren in Venedig .	„	3,855. 85 „
Haverei in den Lichterschiffen in Genitschesk	„	1,332. 20 „
	Fr.	53,091. 45 Cts.

Zur Begründung brachten sie vor: Die Versicherung sei zu beurteilen auf Grund der provisorischen Police vom 5. Mai; denn diese enthalte einen perfekten Versicherungsvertrag (den Schlußschein), indem darin alle wesentlichen Bestandteile eines solchen vereinbart seien, so daß der Schadenersatz-

anspruch von der nachherigen Ausstellung einer definitiven Police unabhängig sei. Mit der provisorischen Police sei auch einem allfälligen Erfordernis der Schriftform des Vertrages Genüge gethan; indes verlange das hier anwendbare französische Recht die Schriftlichkeit so wenig als das deutsche. Das französische Recht sei maßgebend gemäß § 5 des privatrechtlichen Ges.-B., als das im vorliegenden Falle den Intentionen der Parteien entsprechende Recht; im übrigen enthalte das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch laut §§ 501 und 545 keine speziellen Vorschriften über die Seeversicherung. Der in der „vorläufigen Versicherungsannahme" gemachte Vorbehalt einer definitiven Police beziehe sich lediglich auf Ergänzung der provisorischen in nebensächlichen Punkten, wie Angabe des Abgangsortes, des genauen Quantums und Wertes der Ware. Der Vertragsabschluß auf vorläufige Angaben hin hänge damit zusammen, daß der Versicherungsnehmer für die Gefahr des Transportes schon für die Zwischenzeit gedeckt sein müsse, wo ihm die Detailangaben noch nicht zur Verfügung stehen, z. B. der Bestimmungsort der Ware noch unbekannt sei.

Die in die provisorische Police aufgenommene Vereinbarung, „3 % Franchise mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht", entspreche im allgemeinen und überhaupt den sog. französischen Seeversicherungsbedingungen und sei, wofür Expertise angerufen werde, der typische Ausdruck für dieselben. Die Kläger haben hiefür eine Reihe von Dispachès (Seeschadensauseinandersetzungen) für Getreidetransporte im mittelländischen Meer vorgelegt, welche übereinstimmend die Klausel tragen: „Cette assurance est faite aux conditions de la police de Paris avec remboursement intégral des avaries particulières dès qu'elles s'élèvent à 3 % sur chaque espèce de marchandise, et câle par câle." Die Beklagte hat nicht bestritten, daß sie auch nach französischen Konditionen versichere. Die Kläger führen aus, diese bestehen darin, daß durch die Versicherung jeder durch einen Unfall irgendwelcher Art entstandene Schaden gedeckt sei; erreiche dieser nur 3 % der Versicherungssumme oder noch weniger, so sei die Versicherung frei, übersteige er aber die 3 %, so müsse der ganze Schaden mit Einschluß der 3 % bezahlt werden. Die Versicherung zu den französischen Bedingungen sei die gewöhnliche und allgemein übliche für den Getreidetransport vom Schwarzen Meer, der Donau nach dem Mittelmeer und dem atlantischen Ocean, im Gegensatz zu den Getreidetransporten aus Amerika, welche gewöhnlich zu den englischen Bedingungen versichert werden, d. h. „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle". Für die streitige Versicherung seien daher überhaupt die gesetzlichen und usuellen Bestimmungen maßgebend, welche im kaufmännischen Verkehr unter dem Ausdruck „französische Konditionen" zusammengefaßt werden.

Die Bedingungen der definitiven Police stehen allerdings teilweise, insbesondere in Art. 21, im Widerspruch mit dem durch die provisorische Police abgeschlossenen Vertrag, letzterer habe aber durch diese einseitige Verlautbarung nicht verändert werden können, zumal Baschò hievon nichts erwähnt habe. Den Klägern sei nicht zuzumuten gewesen, diese zahlreichen, beinahe unleserlichen Bestimmungen zu lesen, und sie haben sich auf den Inhalt der provisorischen Police um so eher in gutem Glauben verlassen können, als gemäß Art. 45 der definitiven Police die geschriebenen Bedingungen, wozu insbesondere die provisorische Police gehöre, den gedruckten vorgehen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und hiefür geltend gemacht:

Durch die „vorläufige Versicherungsannahme" sei ein Versicherungsvertrag nicht zu Stande gekommen, indem diese Erklärungen ausdrücklich die Ausstellung einer definitiven Police vorbehalten, diese sei das eigentliche Zusagedokument. Anwendbar sei in der Sache das zürcherische Recht, da der Vertrag in Zürich abgeschlossen worden und gemäß Art. 40 der Police hier zu erfüllen sei. § 497 des zürcherischen privatrechtlichen Ges.-B. verlange aber für den Versicherungsvertrag

die schriftliche Form und zwar die Herausgabe eines Versicherungsscheines (der sog. Police), dies gelte auch für die Seeversicherung. Eventuell haben die Kläger die Bestimmungen der definitiven Police anerkannt, indem sie diese stillschweigend entgegengenommen und behalten haben, während sie schon durch den Kontext auf die gedruckten „Allgemeinen Bedingungen" hingewiesen worden seien. Demgegenüber verstoße die Behauptung der Unverbindlichkeit dieser Bedingungen gegen die gute Treue, die Kläger seien censiert, die Bedingungen gelesen zu haben; wenn die Kläger bei Empfang der Police gegen ihren Inhalt reklamiert hätten, wäre es noch möglich gewesen, einen abgeänderten Vertrag zu schließen, auf Grund dessen die Beklagten sich hätten rückversichern können. Die zürcherische Gerichtspraxis lege dem Inhalt der Police die entscheidende Bedeutung bei, in Übereinstimmung mit dem für die Kontinentalstaaten vorbildlichen englischen Seeversicherungsrecht. Die Versicherung sei aber gemäß Art. 4 Abs. 2 der Policebedingungen deshalb nicht perfekt geworden, weil die Kläger versäumt haben, die fehlenden Erfordernisse, wozu die Nachrichten über die Abfahrtszeit des Schiffes und die Anzeige der genauen Versicherungssumme gehören, innert 24 Stunden, nachdem sie diese Daten empfangen, der Beklagten zur Kenntnis zu bringen. Eventuell aber, bei Validierung der Police, müssen die Kläger abgewiesen werden, weil gemäß Art. 20 und 21 der Bedingungen durch die Versicherung nur der Schaden im Strandungsfalle gedeckt sei, während hier lediglich Partikularhaverei vorliege.

Eventuell beantragte die Beklagte, die Klage nur für Fr. 36,014. 15 nebst Zins gutzuheißen, auf Grund folgender Berechnung: Der Gesundwert der Ware in Venedig betrage laut der Expertise Fr. 16. 50, zuzüglich Fr. 7. 60 für den italienischen Eingangszoll nebst statistischer Gebühr, im ganzen also Fr. 24. 10 per 100 *kg*. Der von den Experten festgestellte Minderwert von Fr. 46,478. 75 ergebe bei einem Gesundwert der beschädigten 1,817,200 *kg*. à Fr. 24. 10 per 100 *kg*. = Fr. 437,945. 20 einen Schaden von 10,618 %, was auf die Versicherungssumme von Fr. 290,456. — ergebe . . . . . Fr. 30,826. 10 Cts.

Hiezu kommen die Kosten in Venedig .	„	3,855. 85 „
und der Schaden in den Lichterschiffen in Genitschesk	„	1,332. 20 „
Total	Fr.	36.014. 15 Cts.

Nicht zu Lasten der Beklagten, als der Versicherer, falle dagegen der in Venedig konstatierte Manko von 18,012 *kg*.; denn nach Art. 2 der Policebedingungen habe der Versicherte den Manko infolge Schwindens zu tragen, und nach Venediger Platzusanzen sei vom Schaden 1 % der ganzen Ladung als „calo naturale" in Abzug zu bringen.

Daß bei Ermittlung des Gesundwertes der Ware der Zoll hinzugerechnet werden müsse, sei in Art. 5 und 26, Abs. 1 und 3 der Policebedingungen vereinbart. Dies gelte unverändert auch da, wo der Bestimmungshafen ein Freihafen sei und auch für Transitgüter. Diese Behandlung der Sache sei rationell, weil die Versicherung auch das Gefahrselement des Zolles zu decken habe. Freilich müsse gemäß Art. 5, Abs. 4 und Art. 12 der Bedingungen der Zoll ausdrücklich vom Versicherungsnehmer versichert werden, sonst sei derselbe hiefür Selbstversicherer. Hiefür produzierte die Beklagte ein Gutachten der Hamburger Rechtsanwälte Scharlach, Westphal, Poelchau und Lutteroth, dahingehend: Die in Art. 26 der Police vorgeschriebene Einrechnung des Zolles für die Ermittlung des Wertes des Versicherungsgutes in beschädigtem wie in gesundem Zustande sei die einzig rationelle und vom assekuranzrechtlichen Standpunkt aus allein möglich. Denn aus der vorgeschriebenen Einrechnung des Zolles für den Wert der Ware in beschädigtem Zustande ergebe sich logisch zwingend die analoge Berechnung des Gesundwertes, ferner bestehe das Interesse des Versicherten einerseits im Wert der Ware bei der Absendung und anderseits den Spesen bis zum Lande am Bestimmungsort, also mit Einrechnung des Zolles, und dieser letztere Faktor des Risikos müsse daher mitberücksichtigt

werden, sobald die Schadensermittlung auf Grund der Werte am Bestimmungsort zu erfolgen habe. Weiter produzierte sie, in einem Prozeß vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe von sechs Versicherungstechnikern abgegebene Gutachten, welche übereinstimmend dahingehen, es gelte in Mannheim als eine feststehende Übung, daß bei der Regulierung einer Teilbeschädigung von Gütern, namentlich Getreide, als Gesundwert der Ware am Bestimmungsort ihr Wert einschließlich von Zoll und imaginärem Gewinn angenommen werde, deshalb halte jeder Getreidehändler sich verpflichtet, die beiden letztern Faktoren mitzuversichern. In diesem Sinne entschied denn auch das genannte Gericht mit Urteil vom 9. Mai 1896. Es handelte sich dabei um einen Getreidetransport auf dem Rhein, die Beschädigung der Ware trat in Bingen infolge Versinkens des Schiffes ein, der deutsche Eingangszoll ist jeweilen schon in Emmerich für den Fall, als die Ware in den freien Verkehr kommt, zu entrichten.

Die Kläger haben die Einrede der Hinfälligkeit der Versicherung bestritten und den Beweis für rechtzeitige Mitteilung der Versicherungsdetails offeriert. Sie stellen aber, da für den Vertrag die französischen Konditionen gelten, die Anwendbarkeit des Art. 4 der Allgemeinen Policebedingungen überhaupt in Abrede. Weiter wenden sie ein: Die Hinfälligkeitsklausel stehe im Widerspruch mit Art. 3 der Police, wonach der Vertrag nur bei Verschweigung einer für den Versicherungsabschluß erheblichen Thatsache unverbindlich sei, um eine solche handle es sich hier aber nicht. Art 4 bezwecke nur, zu vermeiden, daß die nähern Details erst, nachdem die Gefahr überstanden, gemeldet und dann die Angaben, namentlich die Versicherungssumme, entsprechend modifiziert werden.

Die eventuelle Schadensberechnung der Beklagten werde bestritten. Ihre Unrichtigkeit mit Bezug auf die Einrechnung des Zolles ergebe sich zunächst daraus, daß die Versicherung zu den französischen Konditionen abgeschlossen worden sei. — Die französische Police der Beklagten bestimmt hierüber in Art. 12 der Allgemeinen Bedingungen folgendes: Abs. 2; „Pour toutes marchandises donnant lieu à réclamation pour causes d'avaries particulières, l'assureur peut exiger la vente aux enchères publiques de la partie avariée pour en déterminer la valeur."

Abs. 3. „La quotité des avaries particulières est déterminée par la comparaison des valeurs à l'entrepôt, si la vente des marchandises avariées a eu lieu à l'entrepôt, et par la comparaison des valeurs à l'acquitté, si la vente a eu lieu à l'acquitté."

Weiter replizierten die Kläger: Auch bei Anwendung des Art. 26 der Policebedingungen könne nach Art. 5 der Bedingungen nur dann von der Einrechnung des Zolles die Rede sein, wenn dieser ausdrücklich mitversichert sei; denn hienach bestehe ein Versicherungszwang bezüglich des Zolles nicht, der Versicherungsnehmer sei eventuell für den Zoll Selbstversicherer. Jedenfalls habe aber die Einrechnung des Zolles gemäß Art. 26 der Police zur Voraussetzung, daß der Zoll thatsächlich bezahlt werden müsse, dies treffe aber hier nicht zu, weil Venedig Freihafen sei und die Ware dorthin nur in transito gekommen, nicht aber ans Land gelangt, vielmehr zum Weitertransport außerhalb Italien bestimmt gewesen sei. Thatsächlich seien von dem Weizen aus dem „Frosso" 3400 Zentner aus dem Entrepôt direkt, also unverzollt, nach der Schweiz gesandt worden; der Rest sei im Entrepôt geblieben. Die Behandlung von Versicherungen auf dem Rhein, also auch die vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe abgegebenen Gutachten seien für den vorliegenden Fall nicht schlüssig; die betreffenden Policebedingungen sagen über die Berechnung des Zolles nichts. Der deutsche Zoll werde indes von Ennerich an stets mitversichert, weil er im Falle des Unterganges der Ware bezahlt werden müsse, auch bei Transitware, die z. B. für die Schweiz bestimmt sei.

Eventuell aber, wenn für den Gesundwert der beschädigten Ware der Zoll mit einzubeziehen sei, können die Schadensprozente nicht einfach, wie die Beklagte eventuell verlange, dadurch ausgerechnet werden, daß lediglich der von den Experten

festgestellte Minderwert dem Gesundwert, inklusive Zoll, also Fr. 24.10 gegenüber gestellt werde, vielmehr müsse in der Weise gerechnet werden, daß bei jeder der sechs beschädigten Partieen die Minderwertsprozente im Verhältnis zu dem von den Experten mit Fr. 16.50 angenommenen Gesundwert der Ware zu Grunde gelegt werden (also bei No. 1: 78,78%, bei No. 2: 28,48%, bei No. 3: 24,24%, No. 4. 13,63%, No. 5: 18,18% und No. 6, 4071 Zentner: 4,54 %) und alsdann diese Prozentsätze vom Gesundwert von Fr. 24.10 berechnet werden, was im ganzen einen Schaden von Fr. 67 887.13 ergebe, also auf einen Gesundwert der havarierten Ware, von Fr. 437 945.20 einen Schaden von 15 501.28%, und somit auf die Versicherungssumme der havarierten Ware, von Fr. 290 456 = Fr. 45 023.60, so daß die Differenz gegenüber der principiellen klägerischen Rechnung (Nichteinrechnung des Zolles) nur Fr. 1079.80 betrage.

Die Kläger haben endlich bestritten, daß beim versicherten Schaden die Post von Fr. 2879 für Manko in Abzug gebracht werden könne. Die maßgebenden französischen Konditionen enthalten eine dem Art. 2 der definitiven Police analoge Bestimmung nicht. Der verlangte Abzug würde ferner der Vereinbarung „3% Franchise mit Integralzahlung" widersprechen, denn bei Berechnung der 3% falle der Manko ebenfalls in Betracht, eventuell qualifiziere der vorliegende Manko sich nicht als natürlicher Abgang im Sinne des Art. 2 der Police, die behauptete Usanz werde bestritten, sie bestehe lediglich gegenüber dem Kapitän.

Als gerichtliche Experten haben Engel, Direktor der Eidgenössischen Transport-Versicherungsgesellschaft in Zürich und M. I. Großmann, Direktor der Allgemeinen Versicherungsgesellschaft Helvetia in St. Gallen folgende Gutachten erstattet:

a. Über die Frage, welche Bedeutung dem Art. 26 der deutschen Police der Beklagten beizumessen sei?

Laut Art. 26 sei der Wert der Güter am Bestimmungsort im beschädigten wie im unbeschädigten Zustand inklusive Zoll festzustellen, also nicht nur dann, wenn diese Feststellungen erst nach Entrichtung des Zolles stattfinden, sondern auch, wenn der Verkauf oder die Schätzung im Entrepôt, d. h. vor Entrichtung des Zolles erfolgen. Dieser Modus bilde das rationellste Verfahren für die Ermittlung von Partikularhaverei, weil dadurch ermöglicht werde, die wirklich erlittene Seebeschädigung in gerechter Weise nach Maßgabe des Versicherungswertes der Güter im Sinne des Art. 12 der Police zu bestimmen, — wonach der Zoll gleichwie die Fracht nur hinzugerechnet werden dürfe, wenn es ausdrücklich beantragt oder vereinbart sei. Der Versicherungswert könne sich danach aus verschiedenen Faktoren zusammensetzen und es könne also auch im Schadensfalle der aus der Vergleichung der Bruttowerte nach Anleitung des Art. 26 ermittelte Schadensprozent gleichmäßig auf jeden der einzelnen versicherten Faktoren des Versicherungswertes angewendet und die darauf entfallende Schadensquote festgestellt werden. Sei beispielsweise Zoll mitversichert, so werde der darauf entfallende ratierliche Verlust bis zur Höhe des für den Zoll versicherten Betrages vom Versicherten ersetzt, sei er aber nicht mitversichert, so habe der Versicherte auch keinen Ersatz zu leisten für den auf den Zoll entfallenden Verlust, den in diesem Falle der Versicherer allein zu tragen habe.

b. Über die Frage, welche Differenz zwischen dem Art. 12 der französischen und dem Art. 26 der deutschen Police der Beklagten bestehe?

Während nach Art. 12 der französischen Police die Ermittlung des Wertes der Güter in beschädigtem wie in unbeschädigtem Zustand exklusive oder inklusive Zoll erfolgen könne, je nachdem der Verkauf vor oder nach Entrichtung des Zolles stattgefunden habe, enthalte Art. 26 die zwingende Vorschrift, daß die Ermittlung des Wertes der Güter in beschädigtem, wie in gesundem Zustand in allen Fällen inklusive Zoll stattzufinden habe, ob nun diese Ermittelung durch Kauf oder Abschätzung geschehe. Darüber, was zu geschehen habe, wenn ein Verkauf nicht stattfinde, enthalte Art. 12 gar keine Bestimmung.

c. Über die Frage: Ist der eingetretene Manko als „calo naturale" im Sinne des Art. 2 der Police aufzufassen, und welche Usanzen bestehen in dieser Hinsicht auf dem Platze Venedig?

Für ein im gewöhnlichen Verlauf der Reise eintretendes Schwinden und daherigen Manko sei der Versicherer gemäß Art. 2 der Police nicht haftbar, so daß nicht untersucht zu werden brauche, ob ein derartiges Schwinden als „calo naturale" zu betrachten sei. Unter diesem verstehe man den durch die Police oder Platzusanz festgestellten prozentualen Abzug, der bei Schadensersatzforderungen gemacht werde für Manko, als Ausgleich für den Abgang der Güter während der Reise infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit. Gründe sich aber die Schadensersatzforderung für Manko auf einen vom Versicherer zu prästierenden Seeunfall, wie hier auf das Eindringen von Seewasser, so sei zu untersuchen, ob und inwieweit der Manko unter Berücksichtigung des durch die Police oder durch Platzusanz geregelten „calo naturale" zu ersetzen sei. In Venedig bestehe bei Schadensersatzforderungen für Manko auf Getreide vom Schwarzen und Azowschen Meer die Usanz, daß als calo naturale 1% des Konnossements-Gewichts der betreffenden Partie anzusehen und vom Versicherer nicht zu ersetzen sei. Betrage demnach der Gewichtsmanko 1% letztern Gewichts oder weniger, so habe der Versicherer eine Vergütung für Manko überhaupt nicht zu leisten, auch wenn ein ersatzfähiger Seeunfall vorliege, überschreite er aber 1%, so vergüte der Versicherer nur den Überschuß über den usanzgemäßen Abzug von 1%.

Das Gericht ersuchte A. Fano in Venedig um einen Bericht darüber, welchen Wert der beschädigte Weizen gehabt hätte, wenn beim Gesundwert der italienische Eingangszoll mit eingerechnet worden wäre. Aus den Antworten des genannten Obmannes ging aber hervor, daß derselbe außer Stand war, den genannten Wert nachträglich festzustellen.

Die Klage wurde, gemäß dem eventuellen Antrag der Kläger im Betrage von Fr. 50212.45 nebst Zins geschützt, die weitergehende Forderung dagegen abgewiesen. (Die Urteilsgründe folgen in nächster Nummer.)

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.
Bundesrichter Dr. C. Jægers Kommentar zum Bundesgesetz
betreffend
Schuldbetreibung und Konkurs.

Unter Berücksichtigung der Praxis der Bundesbehörden und der Entscheidungen kantonaler Gerichte und Aufsichtsbehörden, für den praktischen Gebrauch erläutert.
8°. 640 S. Eleg. Ganzleinwand mit Goldtitel und Rotschnitt.
*** Eine sehr verdankenswerte Arbeit, die von riesigem Fleiss und gründlichen Kenntnissen zeugt. — Das Buch ist für jeden Beamten, jeden Gewerbe- und Handeltreibenden geradezu unentbehrlich.
Vorrätig in allen Buchhandlungen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. August 1901. XX. Band. No. 14.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postsstellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Entscheid des schweiz. Bundesrates betr. Firmenbildung. II. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Seeversicherung.

Schweizerischer Bundesrat.

7. Mai 1901.

Firmenrecht.

Zulässigkeit von Namen bestimmter lebender Personen in der Firma von Aktiengesellschaften. Art. 873 Obl. R.

Am 13. März 1901 bildete sich in Basel eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Aktiengesellschaft Alb. Buß und Cie., Gesellschaft für Eisenkonstruktionen, Wasser- und Eisenbahnbau", welche Aktiven und Passiven der bisherigen Kommanditgesellschaft „Alb. Buß & Cie." übernahm. Albert Buß war der einzige unbeschränkt haftbare Teilhaber dieser Firma, hatte in der neuen Aktiengesellschaft als Delegierter des Verwaltungsrates die direkte und oberste Leitung und führte die rechtsverbindliche Unterschrift für dieselbe. Am 14. März wurde die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister des Kantons Baselstadt angemeldet. Der Registerführer verweigerte indessen die Eintragung unter Hinweis auf Art. 873 Obl. R., da die Firma den Namen einer bestimmten lebenden Person enthalte.

Ein Rekurs derselben wurde von der Justizkommission als unbegründet abgewiesen, gestützt auf folgende Erwägungen:

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Firma der neuen Aktiengesellschaft dem Wortlaut des Art. 873 Obl. R. nicht entspricht. Alb. Buß ist eine bestimmte lebende Person, über deren Identität ein Zweifel nicht bestehen kann. Ebenso unzweifelhaft bezeichnen die Worte „Alb. Buß und Cie." die bisher bestandene Kommanditgesellschaft, deren Geschäfte die Aktiengesellschaft weiterführen will.

Es ist nun richtig, daß die Praxis keine konsequente ist und daß im schweizerischen Handelsregister Firmen eingetragen sind, bei denen es fraglich erscheint, ob sie nicht im Widerspruch mit Art. 873 Obl. R. stehen. Es mag dahingestellt bleiben, wie in den einzelnen Fällen die Zulassung dieser Firmen begründet worden ist. Im vorliegenden Falle steht die bestimmte lebende Person so sehr im Vordergrund, daß trotz der Beifügung der Bezeichnung „Aktiengesellschaft" die Firma in hohem Grade geeignet ist, zur Annahme zu veranlassen, daß diese Person, bezw. die Gesellschaft Alb. Buß und Cie. solidarisch hafte, oder daß es sich um eine Kommanditgesellschaft handle. Und dies zu verhüten, ist gerade der Zweck des Art. 873.

Es liegt daher kein Grund vor, von der bisher vom Handelsregisterführer mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde gehandhabten

Praxis abzugehen, welcher übrigens, so weit bekannt, kein Rekursentscheid des Bundesrates entgegensteht. Dies ist um so weniger angezeigt, als dem berechtigten Interesse, in der Firma der Aktiengesellschaft auszudrücken, daß sie die Fortführung der bisherigen Kommanditgesellschaft „Alb. Buß und Cie." sei, durch einen das Nachfolgeverhältnis ausdrückenden Zusatz gemäß Art. 874 in durchaus genügender und zweckentsprechender Weise Rechnung getragen werden kann.

Der Bundesrat hat den von der genannten Aktiengesellschaft hiegegen erhobenen Rekurs gutgeheißen und die kantonale Aufsichtsbehörde angewiesen, die streitige Firma zur Eintragung zuzulassen.

Gründe.

1. Die Rekurrentin befindet sich im Irrtum, wenn sie annimmt, der Bundesrat habe sich prinzipiell schon über die Frage, welche den Gegenstand ihrer Beschwerde bildet, ausgesprochen. Der Bundesrat hat nur einmal, am 19. Oktober 1883, festgestellt, daß Namen von lebenden Personen in Firmen von anonymen Gesellschaften vorkommen dürfen, wenn sie eine sachliche Bedeutung besitzen.

2. Es handelt sich im vorliegenden Falle um die Tragweite des in Art. 873 Obl. R. aufgestellten Verbotes, wonach die Firma einer Aktiengesellschaft „keinen Namen einer bestimmten lebenden Person" enthalten darf. Die eben erwähnte Feststellung des Bundesrates ist deshalb für den heutigen Fall nicht von präjudizieller Bedeutung, weil damit nur eine scheinbare Ausnahme von Art. 873 Obl. R. geschaffen wird. Sobald der Name Sachbezeichnung ist, verliert er den Charakter des zur Unterscheidung von Personen dienenden Wortes und fällt deshalb nicht mehr unter das ausgesprochene Verbot.

3. In Beziehung auf die Auslegung des Art. 873 stehen sich zwei Ansichten gegenüber, zunächst die von der kantonalen Aufsichtsbehörde gebilligte Auffassung des Handelsregisterführers von Baselstadt, welche derselbe auch an den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins im Jahr 1897 (Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. XVI, 681 ff.) in eingehender Weise begründet hat; danach sind Namen lebender Personen in der Firma einer Aktiengesellschaft überhaupt ausgeschlossen. Dem steht gegenüber die in der bisherigen Praxis der Handelsregisterführung unter Billigung der eidgenössischen Aufsichtsbehörden zum Ausdrucke gelangte mildere Auffassung, wonach durch die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" in Verbindung mit einer früheren Firma insbesondere die Namen früherer Kollektivgesellschafter als zulässiger Bestandteil der Firma der Aktiengesellschaft betrachtet werden. Unter diesem Gesichtspunkt sind z. B. zugelassen worden folgende Firmen:

Aktiengesellschaft schweizerische Annoncenbureaux von Orell Füßli und Cie. in Zürich (Schweizerisches Handelsamtsblatt 1889, Nr. 36, S. 201.) Aktiengesellschaft der Maschinenfabriken von Escher Wyß und Cie. in Zürich (S. H. A. Bl. 1889, Nr. 133, S. 647). Société des usines Äby, Bellenot und Cie. in Biel (S. H. A. Bl. 1893, Nr. 37, S. 147). Aktiengesellschaft der Spinnereien von Jb. und And. Bidermann und Cie. in Winterthur (S. H. A. Bl. 1893, Nr. 119, S. 480). Société des établissements Jules Perrenoud und Cie. in Cernier (S. H. A. Bl. 1897, Nr. 175, S. 721). Verlagsanstalt Benziger und Cie. A. G., Einsiedeln (S. H. A. Bl. 1897, Nr. 123 S. 506). Aktiengesellschaft Brown, Boveri & Cie. in Baden (S. H. A. Bl. 1900, Nr. 268, S. 1075). Aktiengesellschaft Baumann, Wetter und Cie. in Zürich (S. H. A. Bl. 1901, Nr. 119, S. 473).

4. Der Grund, warum bei den aufgezählten Eintragungen diese Firmenbezeichnung gewählt wurde, liegt offenbar darin, daß die Firma einer vorher bestehenden Kollektivgesellschaft, welche sich in Handel und Verkehr eines gewissen Rufes erfreute, in der zur Übernahme der alten Gesellschaft gegründeten Aktiengesellschaft gewahrt werden wollte. Es fragt sich, ob dies als zulässig erklärt werden darf.

5. Im Geschäftsbericht pro 1898 des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Bundesbl. 1899, I., 369) ist die Frage der Revision des Firmenrechtes, die damals gemäß Auftrag des Bundesrates von

diesem Departemente geprüft worden war, behandelt. Dort ist zwar eine Revision abgelehnt, welche auf den Zeitpunkt der Umarbeitung des Obligationenrechts in Verbindung mit dem Erlaß eines einheitlichen Civilgesetzbuches verschoben wird. „Dagegen“ — heißt es in dem Berichte — „kann auf dem Wege der Praxis innerhalb des Rahmens des geltenden Rechtes dem Wunsche einer freiern Firmenbildung, insbesondere dem Begehren der unveränderten Fortführung einer Firma beim Wechsel des Geschäftsinhabers, Rechnung getragen werden.“

Die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates bemerkte dazu: „Wenn auch dieser Tendenz des Bundesrates im allgemeinen beizustimmen ist, so erscheint doch erhöhte Vorsicht und genaue Prüfung der einzelnen Fälle doppelt notwendig, um nicht durch zu große Nachgiebigkeit gegenüber den Wünschen und Begehren der Petenten den Grundsatz der Firmenwahrheit, die das Publikum vor Täuschungen schützen soll, preiszugeben.“ Es ist demgemäß im einzelnen zu prüfen, ob die von der Rekurrentin gewählte Firmenbezeichnung zulässig ist.

6. Das Obligationenrecht enthält das Prinzip der Firmenwahrheit; nur ein Ausfluß dieses Grundsatzes ist die Bestimmung in Art. 873, welche der Aktiengesellschaft die Aufnahme des Namens einer bestimmten lebenden Person in die Firma verbietet; denn die Aktiengesellschaft ist juristische Person und es war die Absicht des Gesetzgebers, durch das aufgestellte Verbot von vornherein den Namen der Aktiengesellschaft so zu gestalten, daß jede Verwechslung mit andern kaufmännischen Firmen, welche aus Namen lebender Personen gebildet werden, ausgeschlossen ist.

7. Es ist zuzugeben, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes die aufgezählten Firmenbildungen sämtlich, sowie diejenige der Beschwerdeführerin abgelehnt werden müßten; aber ebenso richtig ist, daß es den Aufsichtsbehörden nicht gelungen ist, weder bei der Aktiengesellschaft noch bei der Kollektivgesellschaft das Prinzip der Firmenwahrheit mit aller Strenge durchzuführen (für die Kollektivgesellschaft vergl. Zeitschrift für schweizerisches Recht a. a. O. S. 657 ff.). Thatsächlich besteht, besonders wo es sich um Nachfolgeverhältnisse handelt, ein Zustand, welcher der strikten Anwendung des Gesetzes zuwiderläuft.

8. Wenn es sich für den Bundesrat um die Entscheidung handelt, ob er die bestehende Praxis dulden oder ablehnen soll, so fallen für die erstere Alternative folgende Gründe in Betracht:

a. Unbestrittenermaßen ist für die kaufmännische Welt die Beibehaltung einer alten Firma ein Vorteil nicht nur ideeller, sondern in vielen Fällen auch ökonomischer, ja direkt pekuniärer Natur.

b. Das Obligationenrecht hat diesem Verhältnis insofern Rechnung getragen, als es in Art. 874 allerdings den Erwerber oder Übernehmer eines bestehenden Geschäftes an die Vorschriften über Firmenbildung, also an den Grundsatz der Firmenwahrheit, bindet, aber ihm gestattet, seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beizufügen.

c. Wendet man diese Bestimmung auf Aktiengesellschaften an, so würde die Wahl von Firmenbezeichnungen, wie: „Aktiengesellschaft vormals Alb. Buß und Cie., Gesellschaft für Eisenkonstruktionen etc.“, oder „Aktiengesellschaft für Eisenkonstruktionen etc., Nachfolgerin von Alb. Buß und Cie.“ nicht als unzulässig erscheinen. Damit ist aber dem Prinzip der absoluten Firmenwahrheit schon die Spitze abgebrochen; denn auch in dieser Firma figuriert der Name einer bestimmten lebenden Person, nämlich des Albert Buß. Auch bei dieser Firmenbezeichnung, besonders wenn die Adverbialpartikel „vormals“ gewählt wird, wird im Verkehr leicht die abgekürzte Schreibweise „A. G. von Alb. Buß und Cie., Gesellschaft für etc.“ gebraucht werden, wobei das Hervortretende die frühere Firma der Kollektivgesellschaft bildet. Es wäre dies zwar eine mißbräuchliche Firmenzeichnung, aber die Gefahr liegt nahe, daß es geschieht.

d. Geht man aber einen Schritt weiter und gestattet bei der Aktiengesellschaft, daß der das Nachfolgeverhältnis andeutende Zusatz auch nur in der Beifügung der früheren Firma liegen kann, so

bleibt man im Rahmen des Art. 874 Obl. R., denn die Firmabezeichnung erhält durch die Voranstellung des Wortes „Aktiengesellschaft“ einen deutlichen Hinweis darauf, daß es sich nicht um eine Kollektivgesellschaft handeln kann. Dann bekommt Art. 874 eine einschränkende Bedeutung für Art. 873, indem, soweit es sich um Nachfolgeverhältnisse handelt, Namen bestimmter lebender Personen in der Firma der Aktiengesellschaft, wenn nur sonst aus der Firmenbezeichnung der Charakter als anonyme Gesellschaft erhellt, Aufnahme finden dürfen.

9. Untersucht man von diesen Gesichtspunkten aus die von der Rekurrentin gewählte Firma, „Aktiengesellschaft Alb. Buß & Cie., Gesellschaft für Eisenkonstruktionen, Wasser- und Eisenbahnbau“, so findet man, daß an der Spitze das Wort „Aktiengesellschaft“ steht; darauf folgt, als das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz, der Name der Rechtsvorgängerin „Alb. Buß und Cie.“. Aus diesen Worten ist ein Begriff gebildet, die „Aktiengesellschaft Alb. Buß und Cie.“, hierauf folgt als weitere Erläuterung die Aussage darüber, was das für eine Aktiengesellschaft ist: „Gesellschaft für Eisenkonstruktionen, Wasser- und Eisenbahnbau in Basel“. Bei genauerem Zusehen wird jedermann aus dieser Firmenbezeichnung eine Aktiengesellschaft erkennen und dieselbe weder mit der Firma eines Einzelkaufmanns, noch mit derjenigen einer Kollektivgesellschaft verwechseln.

(Schweiz. Bundesbl. 1901. Bd. III. S. 367 ff.)

Handelsgericht des Kts. Zürich.

1. April 1901.

Waller frères & Cie. c. Mannheimer Transportversicherungsgesellschaft.

Seeversicherung.

(Der Thatbestand ist in diesen Blättern S. 168 ff. mitgeteilt.)

Urteilsgründe:

1. Die von den Parteien erörterte Frage, welches örtliche Recht für das im Streite liegende Versicherungsgeschäft maßgebend sei, bedarf der Entscheidung nicht. Dieser Punkt wäre nur dann erheblich, wenn die provisorische Police, deren Rechtsverbindlichkeit in erster Linie streitig ist, der schriftlichen Form ermangeln würde, welche letztere in § 497 des privatrechtl. Ges.-B. in Übereinstimmung mit dem englischen Recht (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I S. 262), aber im Gegensatz zu dem eine bestimmte Form nicht verlangenden deutschen Recht (Allgem. d. H.-G.-B. Art. 788 a. resp § 784 n. u. § 7 der Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen von 1867, bei Falk, Rechtsgrundsätze des Versicherungswesens, Abt. Seeversicherung, F. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, 4. Aufl., S. 739), zur Gültigkeit des Versicherungsvertrages verlangt wird. Also braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die allgemeinen versicherungsrechtlichen Vorschriften des zürcher. privatrechtl. Ges. B. §§ 496—539) auch für die Seeversicherung gelten oder ob dies durch §§ 545, 501 u. 517 ausgeschlossen sei (vgl. hierüber Handelsrechtl. Entsch. Bd. XI S. 217 Erw. 3 u. Bd. XII S. 112 Erw. 3), in welch' letzterm Falle als subsidiäres Recht in erster Linie das eidgenössische Obligationenrecht in Anwendung kommt (s. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XII S. 214).

Außer Streit steht sodann infolge der von der Beklagten im Laufe des Prozesses hierüber erklärten Anerkennung, daß sie in dieser Sache im Verhältnis zu den Klägern durch sämtliche Handlungen ihres hiesigen Agenten, A. Baschò, als ihres Stellvertreters, rechtlich verpflichtet worden sei, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit er im Verhältnis zur Beklagten Stellvertretungsbefugnis gehabt habe.

2. Die Kläger stützen ihre Ansprüche in erster Linie auf die ihnen am 5. Mai 1900 durch A. Baschò namens der Beklagten, ausgestellte und übergebene „vorläufige Versicherungsannahme“, indem sie hierin einen perfekten Versicherungsvertrag erblicken. In dieser Hinsicht kommt es für die Rechtsverbindlichkeit der provisorischen Police lediglich darauf an, ob dieselbe eine Willenseinigung der Parteien über alle wesentlichen zum rechtlichen Bestande des Geschäftes notwendig erforderlichen Vertrags-

punkte enthält (Art. 1 u. Art. 2 Abs. 1 Obl.-R., Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIV S. 136/137 und Ehrenberg a. a. O. Bd. I S. 261).

Als solche (essentialia negotii) sind die nach dem Begriff des in Frage stehenden Vertrages und nach der Parteiintention wesentlichen Momente anzusehen (Dernburg, Pandekten Bd. II § 10, Handelsrechtl. Entsch. Bd. III S. 170 Erw. 7, Bd. XIV S. 136 Erw. 2).

Für den Seeversicherungsvertrag, um den es sich hier handelt, werden als derartige wesentliche Vertragselemente angesehen: der Gegenstand der Versicherung, die zu versichernde Gefahr, die versicherte Zeit bezw. versicherte Reise, das Versprechen des Schadensersatzes (Versicherungssumme) und das Versprechen der Prämie (s. Reatz in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. I Abtlg. 1 S. 377/378) und zwar in dem Sinne, daß diese Bestandteile so genau bestimmt oder bestimmbar gemacht werden, daß bei der schließlichen Abwicklung des Geschäftes keine berechtigten Zweifel über ihre Identität und den Umfang der schuldigen Leistung aufkommen können (s. Reatz a. a. O.). Über alle diese Momente enthält nun die streitige „vorläufige Versicherungsannahme" eine ausreichende Bestimmung, insbesondere auch mit Bezug auf die versicherte Gefahr, resp. das versicherte Interesse, nämlich den auf Fr. 350,000 bezifferten Wert einer Partie Weizen für den näher genannten Transport, zur Kondition: „3 % Franchise mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht ist;" denn damit sind, wie zum Teil unten noch weiter auszuführen sein wird, zunächst die Momente bezeichnet, auf Grund welcher einerseits die Prämie und anderseits im Schadensfall die Ansprüche des Versicherten berechnet werden können. Die „vorläufige Versicherungsannahme" ist daher als perfekter rechtsverbindlicher Versicherungsvertrag anzuerkennen, in Übereinstimmung mit einem frühern Entscheid des Handelsgerichts mit Bezug auf eine ähnliche provisorische Police, in deren Wortlaut allerdings die unmittelbare Rechtsverbindlichkeit noch speziell hervorgehoben war (s. Handelsrechtl. Entsch. Bd. XI S. 216 Erw. 1). Die in der provisorischen Police von seiten der Beklagten übernommene Verpflichtung, „die endgültige Police auszustellen", erscheint hienach nicht etwa als die Ausbedingung letzterer für die Perfektion und Verbindlichkeit des Vertrages, in welchem Falle eine Gebundenheit der Beklagten vor Übergabe der definitiven Police allerdings nicht anzunehmen wäre (Art. 14 Obl.-R., Ehrenberg a. a. O. Bd. I S. 263). Ebensowenig kann angesichts aller genannten, maßgebenden Momente die Unverbindlichkeit der provisorischen Police daraus abgeleitet werden, daß die Prämie erst bei Übergabe der definitiven Police bezahlt und diese damit „eingelöst" wurde, obschon im übrigen ja gerade letzteres bei manchen Versicherungsgesellschaften als für das Zustandekommen des Vertrages erforderlich gilt (s. Cosak a. a. O. S. 743).

3. Wenn demnach grundsätzlich die Rechtsverbindlichkeit der vorliegenden provisorischen Police zu bejahen ist, so haben die Parteien, insbesondere die Kläger, damit zunächst diejenigen Vertragsansprüche erworben, welche sich aus dieser Vereinbarung ergeben. Weiter kommt hiebei aber in Betracht, daß damit nur eine Übereinkunft über die wesentlichen Vertragsbestandteile geschaffen wurde, welche nach dem Parteiwillen in verschiedenen Punkten noch zu ergänzen war durch die darin noch offen behaltene definitive Police, zunächst mit Bezug auf die von den Klägern noch zu machenden Detailsangaben, sodann aber überhaupt zur Ausfüllung der noch bestehenden Lücken des Versicherungsvertrages. Es ist ja notorisch und war offenbar auch den Klägern, die ja schon vielfach Seeversicherungsverträge abzuschließen in der Lage waren, bekannt, daß die Versicherungsgesellschaften in der Police die Modalitäten der Versicherung in allen Einzelheiten zu formulieren pflegen; in allen diesen Beziehungen war demnach unter den Parteien bei der provisorischen Police noch eine nähere Vereinbarung mittelst der definitiven Police verstanden, und letztere stellt sich somit ebenfalls als integrierender Bestandteil des Versicherungsvertrages dar. Dies wird dadurch nicht etwa widerlegt, daß, wie die Kläger entgegengehalten haben, in manchen Fällen die Ausstellung einer

definitiven Police unterbleiben mag (s. hierüber Cosack a. a. O. S. 744), wie z. B. wenn der versicherte Unfall schon vor der in Aussicht genommenen Errichtung der Police eingetreten ist; in Fällen dieser Art sind eben die Lücken der provisorischen Police unter Anlehnung an den mutmaßlichen Parteiwillen nötigenfalls vom Richter zu ergänzen. (s. Reatz a. a. O. S. 377/378).

4. Schon diese Ausführungen zeigen, daß es durchaus unhaltbar ist, wenn die Kläger behaupten, die in der Folge ausgestellten beiden definitiven Policen seien für sie, soweit dieselben sich nicht lediglich mit dem Inhalt der vorläufigen Versicherungsannahme decken, von vorneherein unerheblich gewesen und es habe ihnen daher nicht einmal zugemutet werden können, die in den definitiven Policen gedruckt beigefügten „Allgemeinen Bedingungen" zu lesen. Selbstverständlich fällt dabei die etwas schwer lesbare Form des Druckes rechtlich außer Betracht, die Einwendung, daß mit Rücksicht hierauf Vertragsdokumente ungelesen bleiben dürfen, kann offenbar nicht gehört werden, und vollends in einem Falle, wo, wie hier, in dem deutlich gedruckten Kontext der Police ausdrücklich auf die in Frage stehenden Bedingungen, als Vertragsbestandteil, hingewiesen war, erscheint dies sogar im Widerspruch mit Treue und Glauben. Denn es konnte den Klägern bei irgendwelcher Aufmerksamkeit nicht entgehen, daß die Beklagte die genannten Bedingungen als Vertragsbestandteil auffasse, demgemäß ihre Versicherungsverbindlichkeiten beurteile und entsprechend auch ihre Dispositionen, z. B. bezüglich der Rückversicherung, treffen werde.

Aus der eigenen Darstellung der Beklagten geht nun zwar hervor, daß dieselbe, gleich wie die meisten andern deutschen Versicherungsgesellschaften, durch die Konkurrenz gezwungen, nicht bloß Versicherungsabschlüsse zu den deutschen bezw. englischen Bedingungen, sondern je nach dem gestellten Antrage auch solche zu den französischen Konditionen, gemäß dem von ihr hiefür eingeführten Formular vorzunehmen pflegt, wie denn auch die Kläger eine Reihe von ihr mit der Beklagten abgeschlossener französischer Policen vorgelegt haben. Im weitern kann, angesichts der bestimmt in diesem Sinne lautenden Fassung des Versicherungsauftrages des klägerischen Pariser Hauses an dessen hiesigen Vertreter, kein Zweifel darüber aufkommen, daß die Willensabsicht der Kläger im vorliegenden Falle auf die Versicherung zu den französischen Konditionen ging, und dieser Auftragsbrief wurde dem hiesigen Vertreter der Beklagten unmittelbar vorgelegt. Allein abweichend von demselben findet sich schon in der vom letztern hierauf alsdann ausgestellten „vorläufigen Versicherungsannahme" kein Hinweis auf die französischen Bedingungen. Die Kläger behaupten allerdings, daß das der Fall sei, insofern als die Kondition: „3 % Franchise, mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht", vollständig den französischen Seeversicherungsbedingungen entspreche und den typischen Ausdruck für dieselben bilde. Diese Ausführung erscheint indessen nicht als stichhaltig.

Wie nämlich später noch auszuführen sein wird, ist auch der deutschen Seeversicherung als Rechtsinstitut die Vereinbarung von „3 % Franchise eigentümlich (s. Cosack a. a. O. S. 751/752 und Reatz a. a. O. S. 421), und ist dasselbe in Art. 20 und 21 der deutschen Police der Beklagten normiert, d. h.. — in Übereinstimmung mit der Zusammenfassung des Inhaltes der Pariser Police, — „mit Integralzahlung, sofern die Franchise erreicht ist." Hienach darf als festgestellt erachtet werden, daß diese Ausdrucksweise nicht ausschließlich die französischen Bedingungen bezeichnen kann. Von entscheidender Bedeutung ist nun aber, daß die Kläger, die auf dem deutschen Formular ausgestellten definitiven Policen vorbehaltlos entgegengenommen haben. Damit ist der Inhalt desselben zum Vertragsbestandteil geworden, und es geht nicht an, die betreffenden Bestimmungen einfach zu ignorieren. Immerhin kann die im Kontext der Police enthaltene Bemerkung, daß die Parteien sich den umstehenden Allgemeinen Bedingungen „in allen Punkten unterwerfen", nicht, wie die Beklagte beansprucht, in ihrem starren wörtlichen Sinne

verstanden werden. Vielmehr ist nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen die gedruckten Policebestimmungen als dem wahren Willen der Vertragskontrahenten nicht entsprechend, keine Anwendung finden dürfen. (Vgl. hierüber Erw. 6).

5. Von der Beklagten ist, unter Hinweis auf die im Ingreß der vorläufigen Versicherungspolice enthaltenen Bestimmungen, eingewendet worden, die Versicherung habe deswegen nicht „validiert", weil die Kläger die vereinbarte 24-stündige Frist zur Mitteilung der noch ausstehenden Detailsangaben über das Versicherungsobjekt versäumt hätten. Nun wäre es, da bei der in Frage stehenden Bestimmung der Parteiwille als auf den nachträglichen Hinfall der Versicherung gerichtet angesehen werden muß, Sache der Beklagten, die sich hierauf beruft, den Beweis für die Versäumnis der 24-stündigen Frist zu erbringen, zumal die Beklagte die definitiven Policen vorbehaltlos ausgehingegeben hat. Der Beweis ist aber nicht einmal angetreten worden; die Fristversäumnis ist auch auf Grund der Akten keineswegs wahrscheinlich; denn die Konnossemente, welche für die Qualität und Quantität der versicherten Güter maßgebend sind (s. Lewis bei Endemann a. a. O. S. 176—181), sowie den Abgangs- und Bestimmungsort des Transportes authentisch darthun, datieren vom 17. und 30 Mai n. St., die Kläger aber übermittelten dieselben von Paris aus am 23. Mai und 6. Juni ihrem hiesigen Agenten, der sie sofort nach Empfang dem Vertreter der Beklagten übergab.

6. Der Seeunfall, um dessen ersatzfähigen Schaden es sich im Prozesse handelt, besteht laut dem Seeprotest (Verklarung) in der Beschädigung des versicherten Gutes durch das Eindringen von Seewasser, was in Art. 1 der Policebedingungen ausdrücklich in die Versicherung einbezogen worden ist. Zweifellos fällt dieses Schadensereignis unter den Begriff der besonderen Haverei. In Art. 20 der Policebedingungen ist nun bestimmt, daß jene dem Versicherer nur dann zur Last falle, wenn die materielle Beschädigung oder der Verlust der Güter die in der Franchisetabelle der Police genannten Prozentsätze (Franchise) erreicht, sowie daß die Versicherung von Gütern, die in der Franchisetabelle gar nicht genannt sind, — und hiezu gehört der hier in Betracht fallende Weizen, — als „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" gelte (vgl. § 104 der Allgemeinen deutschen Versicherungsbedingungen und Art. 856 resp. § 852 des deutschen Handelsges. B., ferner Reatz a. a. O. S. 421). Da nun der streitige Schaden nicht auf einem Strandungsfalle beruht, müßte die Klage ohne weiteres abgewiesen werden, sofern die genannte Policebedingung hier anwendbar wäre. Dieselbe steht indes im Widerspruche mit der in der provisorischen Police vereinbarten Kondition: „3% Franchise mit Integralzahlung, sobald die Franchise erreicht ist." Unter „Franchise" versteht das Seeversicherungsrecht bekanntlich die Befreiung des Versicherers von gewissen Minimalschadensbeträgen, die auf den versicherten Gütertransport entfallen. Art. 849 des a. resp. § 845 des neuen deutschen Handelsges. B. statuieren, um verwickelte und kostspielige Abrechnungen über geringfügige Schäden zu vermeiden, im genannten Sinne eine gesetzliche Franchise von 3% (entsprechend § 97 der Allgem. d. Seeversich. Bed.).

Es frägt sich somit, ob die genannte Vereinbarung der provisorischen Police in der definitiven Police zum Nachteil der Kläger aufgehoben worden sei. Dies ist zu verneinen. Denn die Kläger konnten in gutem Glauben annehmen, daß jene von ihnen ausbedungene Franchise-Bestimmung gemäß Art. 45 der Policebedingungen vorbehalten bleibe und wenn die Beklagte bezw. ihr Vertreter nicht dieser Meinung war, so hätte die gute Treue von ihnen verlangt, daß sie die Kläger spätestens bei Übergabe der definitiven Police hierauf ausdrücklich hingewiesen und auf die Abänderung des bisherigen Vertrages in Art. 20 u. 21 der Policebedingungen aufmerksam gemacht hätten; dies ist aber in keiner Weise geschehen, vielmehr sind die neuen Policen den Klägern stillschweigend übergeben worden. Letztere durften sich somit der Auffassung hingeben, daß die in der vorläufigen Versicherungsannahme

enthaltene Franchise- Bestimmung aufrecht erhalten bleibe, da auch die definitive Police in Art. 20 der Bedingungen „Franchisen" grundsätzlich immerhin vorsieht; die Kläger konnten in guten Treuen, und ohne daß ihnen deshalb der Vorwurf einer Nachlässigkeit gemacht werden darf, davon ausgehen, dass die hierüber in der provisorischen Police getroffene Vereinbarung als eine Ergänzung des Art. 21 der Police und der dort angehängten Franchise- Tabelle, einer Ausdehnung letzterer auf den versicherten Weizen, betrachtet werden dürfe. Es sind daher auch die bei Anwendung einer Franchise in Art. 21 der Police über die Behandlung der Sache für derartige Fälle enthaltenen Bestimmungen für den Fall in Kraft erwachsen, „als der Belauf der Beschädigung die Befreiungsprozente erreicht." Dieselben gehen, in Übereinstimmung mit dem bezüglichen Wortlaut der vorläufigen Police (in Anlehnung an § 97 der Allgem. deutschen Seeversicherungsbedingungen und Art. 949 resp. § 845 des d. Handelsges. B.) dahin, daß „alsdann der gesamte Schädigungsbelauf vergütet werde." Da nun der Schaden infolge des versicherten Seeunfalles weit über 3% der versicherten Summe beträgt, so muß jener demnach den Klägern voll ersetzt werden.

7. Nach Art. 26 u. 27 der Police, in Anlehnung an § 133 der Allgem. deutschen Seeversicherungsbedingungen und Art. 879 Abs. 1 resp. § 875 des d. Handelsges. B. ist die für die besondere Haverei zu leistende Vergütung in der Weise zu ermitteln, daß zunächst das Beschädigte vom Unbeschädigten getrennt wird und alsdann der Wert festzustellen ist, den die beschädigten Güter im Bestimmungshafen gehabt hätten, wenn sie gesund angekommen wären, und daß hierauf durch Vergleichung des Bruttowertes, den sie dort wirklich haben, mit dem Bruttowert, welchen sie dort in unbeschädigtem Zustande gehabt hätten, gefunden wird, wie viele Prozente des Gesundwertes der Güter verloren seien, und daß endlich ebensoviele Prozente des Versicherungswertes der Güter ersetzt werden. Einfacher kann man die Rechnung auch in der Weise machen, daß von dem eingetretenen Minderwert der Güter so viele Prozente dem Versicherungsnehmer vergütet werden, als die Versicherungssumme von dem Gesundwert der Güter ausmacht (Ehrenberg a. a. O. S. 457).

Auf diese Weise kommt man bei Zugrundelegung der klägerischen Ziffern von Fr. 290,456 (Versicherungssumme, die auf die beschädigte Partie entfällt), Fr. 299,838 (Gesundwert der betreffenden Güter) und Fr. 46,478. 75 Cts. (eingetretener Minderwert) auf die klägerischerseits berechnete Entschädigungssumme von Fr. 45,024. 40 Cts, während die geringere von der Beklagten ausgerechnete Summe sich ergiebt, sobald man in den genannten Ziffern den Betrag des Gesundwertes mit der Beklagten von Fr. 299,838 auf Fr. 437,935. 20 Cts. erhöht, den eingetretenen Minderwert dagegen unverändert beläßt.

Die Differenz in der Berechnung des Gesundwertes ist nun darauf zurückzuführen, daß die Parteien sich darüber streiten, ob bei der Wertermittlung der italienische Eingangszoll mit einzurechnen sei oder nicht. Die Beklagte verlangt grundsätzlich die Einrechnung, indem sie sich dafür auf Art. 26 Abs. 5 der Police beruft. In wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 28 der Policen der Eidgenössischen Transportversicherungsgesellschaft in Zürich, der Versicherungsgesellschaft „Schweiz" in Zürich und des Neuen Schweizerischen Lloyd in Basel ist hier bestimmt, daß für die Ermittlung des Wertes, den die Güter in unbeschädigtem Zustande haben würden, der „Marktpreis, inklusive Zoll" maßgebend sein solle, welchen Güter derselben Art und Beschaffenheit am Bestimmungsort bei Beginn der Löschung des Schiffes haben würden. Als unzutreffend erscheint zunächst die gegenüber dieser Vorschrift erhobene Einwendung der Kläger, daß dieselbe nach Art. 5 der Policebedingungen nur für den Fall zu verstehen sei, wo der Zoll ausdrücklich mitversichert sei, was in concreto allerdings nicht zutrifft. Dort, sowie in Art. 12 der Bedingungen ist, gleichwie für die Fracht und den imaginären Gewinn, lediglich das Prinsip aufgestellt, daß diese Faktoren nur dann als mitver-

sichert gelten, wenn dies im Antrag ausdrücklich deklariert worden ist, (Bezüglich Fracht und imaginären Gewinn s. Art. 783 resp. § 779 deutsches Handelsgesetzbuch und § 2 der Allgem. d. Seeversicherungsbedingungen), m. a. W., es wird die Versicherung des Zolles dem freien Übereinkommen der Parteien überlassen, wie denn auch auf Grund der deutschen Seeversicherungsbedingungen der Zoll als Spesen mitversichert werden kann, die alsdann unter den Bruttowert der Ware fallen (vgl. Entsch. des Reichsgerichtes Bd. 44 S. 22). Daraus folgt indessen keineswegs, daß die Vorschriften des Art. 26 über die Miteinrechnung des Zolles bei der Ermittlung des Gesundwertes des versicherten Gutes nach dem Sinn und Geist des Vertrages nur dann in Anwendung kommen, wenn der Zoll mitversichert sei. Dem widerspricht der bedingungslose, kategorische Wortlaut des Art. 26, der als lex contractus und integrierender Bestandteil des Vertrages zu gelten hat. (Cosack a. a. O. S. 731).

Ebenso verhält es sich mit der Einwendung der Kläger, Art. 26 der Police könne in einem Falle nicht zur Anwendung kommen, wo der Bestimmungshafen, wie hier Venedig, ein Freihafen und die Ware dorthin überhaupt nur in transito zu gehen bestimmt sei. Auch dem widerspricht eben der allgemeine und strikte Wortlaut des Art. 26 der Police, wodurch den Klägern jeder berechtigte Zweifel darüber benommen war, daß die Schadensberechnung unter Miteinrechnung des Zolles in jedem Falle erfolgen müsse. Für den Versicherer soll eben das weitere Schicksal der Ware nach Ankunft des Schiffes bezw. der Löschung desselben ohne jede Bedeutung sein. Im Verhältnis zwischen ihm und dem Versicherungsnehmer gilt das versicherte Gut einfach als nach dem Bestimmungshafen des Schiffes spediert, und daher rechtfertigt es sich auch, daß für die Feststellung der Vergütung die Ansätze des Bestimmungshafens zu Grunde gelegt werden.

8. Dies alles gilt um so mehr, als die streitige Vertragsnorm des Art. 26 im allgemeinen den Intentionen des Versicherungsvertrages durchaus nicht widerspricht, sondern gegenteils, wie die Gerichtsexperten erklärt haben, das rationellste Verfahren zur Feststellung des versicherten Schadens enthält. In dieser Hinsicht muß nämlich vor allem im Auge behalten werden, daß der Versicherungsvertrag von den Parteien im Hinblick auf den möglichen Eintritt der versicherten Gefahr abgeschlossen wird; dieser Gesichtspunkt beherrscht daher von vornherein die Normierung der Schadensberechnung. Die Versicherung beginnt und endigt mit der versicherten Reise des Gutes (Art. 8 Abs. 1 der Police. Mit der Ankunft im Bestimmungshafen, in Verbindung mit den alsdann dort bestehenden Wertverhältnissen, kommen die für die versicherte Gefahr maßgebenden Thatsachen zum Abschluß, und mit diesem gesamten Komplex derselben hat daher auch der Versicherungsnehmer von Anfang an zu rechnen, also mit einer Schadensermittlung auf Grund der Werte am Bestimmungsort. Hiezu gehört aber, für den Fall einer Beschädigung der Ware, für den Versicherungsnehmer die Eventualität, dieselbe im Lande des Bestimmungshafens verwerten und daher den Eingangszoll bezahlen zu müssen, und zwar unter Umständen, wie gerade nach der italienischen Gesetzgebung, ohne Rücksicht auf die Wertverminderung der Ware infolge der Beschädigung, den vollen Eingangszoll. Das Versicherungsinteresse des Versicherungsnehmers, als die wesentliche Grundlage des Versicherungsvertrages (vgl. z. B. Reatz a. a. O. S. 373) besteht also, wie sowohl die gerichtlichen Experten, als auch das von der Beklagten vorgelegte Hamburger Gutachten betonen, nicht bloss im Werte der Ware bei ihrer Absendung (Abladung), sondern auch in sämtlichen Spesen bis zum Lande am Bestimmungsort, und zu diesem gehört nach dem Gesagten und wie auch die Experten hervorheben, außer der Fracht auch der Eingangszoll. Einer gerechten Schadensermittlung entspricht es nun am ehesten, wenn der versicherte Schaden nach Maßgabe der gefährdeten Wertfaktoren berechnet wird; dies hat aber eben zur Folge, daß der Versicherungsnehmer, wenn er einen dieser Faktoren, den Zoll, nicht versichert,

hiefür als Selbstversicherer zu betrachten ist und daher den diesen Faktor treffenden Verlust selbst zu tragen hat. Dies zeigt, daß der Versicherungsnehmer, um die Gefahr des Transportes voll zu decken, auch den Eingangszoll am Bestimmungsort mitversichern muß. Auch das deutsche Reichsgericht hat sich auf den nämlichen Standpunkt gestellt (Urteil vom 7. Juni 1899, Entsch. Bd. 44 S. 19 ff.) und dabei ausgeführt: Im deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 879) sei der Streit der Theoretiker, ob es richtiger sei, bei der Schadensermittlung die Nettowerte, oder die Bruttowerte der beschädigten Güter einander gegenüber zu stellen, z. B. bezüglich der Zölle, in Übereinstimmung mit dem in den Hansastädten und in England herkömmlichen Verfahren zu Gunsten der Gegenüberstellung der Bruttowerte entschieden, und hieran haben auch die Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen von 1867 (§ 131) im allgemeinen festgehalten.

Wenn die Kläger schließlich noch geltend machen wollen, daß die Beklagte gegen die Feststellung des Gesundwertes ohne Einrechnung des Zolles — wie sie die Experten in Venedig vorgenommen — keine Einwendungen erhoben habe und nun mit einer nachträglichen Bemängelung derselben ausgeschlossen sei, so hält auch das nicht Stich.

Neben der Thatsache, daß die Beklagte mittelst des Schiedsvertrages in die Feststellung einerseits des Gesundwertes und anderseits des Havereiwertes des versicherten Weizens durch die Arbitratoren in Venedig eingewilligt hatte, muß nämlich weiter berücksichtigt werden, daß sie immerhin gleichzeitig bei jedem Anlaß und namentlich bei sämtlichen in Venedig aufgenommenen Schadensprotokollen und Rechnungen stets den Vorbehalt machte, daß dabei die aus den Policebedingungen sich ergebenden Rechte der Parteien aufrechterhalten bleiben sollten, so daß im genannten Schiedsvertrag nicht rundweg ein Verzicht der Beklagten auf ihren vertraglichen Anspruch gefunden werden kann, daß bei der Berechnung des Gesundwertes der für verzollte Ware geltende Marktpreis angenommen werde. Letzterer Anspruch ist daher zu schützen, da es sehr wohl möglich ist, durch einfache Hinzurechnung des Zolles zu dem von den Experten ausgemittelten Ansatze, den versicherten Marktpreis zu finden.

9. Muß nach dem Gesagten der beklagtischen Auffassung hinsichtlich der Höhe des Gesundwertes beigestimmt werden, so kommt nun aber weiter in Betracht, ob infolgedessen nicht auch der eingetretene Minderwert des Weizens mit einem größeren Betrage in die Rechnung einzustellen sei, wie das die Kläger eventuell verlangt haben. Nach Art. 26 Abs. 3 der Police ist, wie das naturgemäß nicht anders sein kann, bei der Feststellung des Minderwertes der beschädigten Güter dem mit Einrechnung des Zolles ermittelten Gesundwert der Ware der nach der Verzollung resultierende Wert der havarierten Objekte gegenüber zu stellen. Nun ergiebt sich aber aus dem Gutachten der Arbitratoren und der nachträglichen Ergänzung desselben durch den Obmann Fano mit aller Bestimmtheit, daß die Experten bei ihrer Schätzung des beschädigten Gutes den Zoll gar nicht in Betracht gezogen haben. Die Beklagte hält zwar dafür, daß hierauf nichts ankomme, weil die Sachverständigen den Minderwert in fixen Summen und nicht in Prozenten des Gesundwertes festgesetzt haben. Diese Auffassung ist aber offensichtlich unrichtig. Die Taxation des Minderwertes beruht eben auf derjenigen des Wertes der beschädigten Ware, und wenn die letztere, wie das geschehen ist, mit Bezug auf die unverzollte Ware erfolgt ist, so kann sie hinsichtlich des Minderwertes der verzollten Güter kein zuverlässiges Resultat ergeben, denn es ist hier — im Gegensatz zur Feststellung des Gesundwertes der Ware — ganz unmöglich, durch einfache Hinzurechnung des Zolles aus dem Werte des unverzollten beschädigten Weizens den Wert des verzollten, beschädigten Gutes zu konstruieren. So liegt beispielsweise auf der Hand, daß die am meisten beschädigte Partie des Weizens — deren Minderwert von den Experten auf Fr. 13 festgestellt wurde, die mit andern Worten also unverzollt noch Fr. 3. 50 Cts. statt Fr. 16. 50 Cts. wert war —

unmöglich zu einem um den Eingangszoll erhöhten Betrage (Fr. 3. 50 Cts. + Fr. 7. 60 Cts. = Fr. 11. 10 Cts.) hätte in consumo verkauft werden können. Das Gericht hat nun wiederholt Versuche gemacht, vom Oberexperten A. Fano auf Grund seiner früheren Feststellungen eine Ergänzung der Taxation zu erlangen; diese Versuche waren indessen erfolglos. Fano erklärte allerdings schließlich, daß er bei den weniger beschädigten Partien der Ware die von der Beklagten aufgestellte Rechnung für zulässig erachte; laut der von ihm selbst beigefügten Einschränkung charakterisiert sich aber sein bezüglicher Ausspruch als eine bloße Mutmaßung ohne greifbare Beweiskraft. Von einer Expertise hierüber, wie die Beklagte sie beantragt hat, muß Umgang genommen werden; da es an irgend welchen genügenden Anhaltspunkten über den thatsächlichen Zustand der beschädigten Ware fehlt und das Beweisanerbieten in dieser Hinsicht zu wenig spezifiziert worden ist. Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig, als die eventuell von den Klägern aufgestellte Rechnung zu acceptieren, die darauf beruht, daß die von den Arbitratoren berechneten Minderwerte in die entsprechenden Prozente des Gesundwertes des Weizens (unverzollt) umgerechnet und dann die nämlichen Prozente vom Gesundwert verzollt berechnet werden. Allerdings ist von vornherein zuzugeben, daß auch dieser Rechnungsmodus keineswegs absolut zuverlässig ist. Denn da der Zoll für gute und geringe Ware der gleiche bleibt, werden die Werte beider nach der Verzollung sich nicht ohne weiteres zu einander verhalten, wie ihre Werte bei der Einfuhr in das Zollgebiet. Immerhin ist der durch die Expertise festgestellte prozentuale Grad der Beschädigung des Versicherungsgutes der einzige greifbare Faktor, um vom Standpunkt der Police aus den eingetretenen Minderwert zu ermitteln, und jedenfalls ergiebt sich dabei ein richtigeres Resultat, als bei der beklagtischen Rechnungsweise. Die Beklagte hat es auch selbst verschuldet, wenn ein anderer Weg für die Schadensfeststellung gegenwärtig nicht mehr eingeschlagen werden kann. Ihr selbst musste natürlich die Bedeutung des Art. 26 der Police am klarsten sein; sie hätte daher darauf hinwirken sollen, daß die Abschätzung, bei der sie ja vertreten war, in der gehörigen Weise vorgenommen werde. Hat sie das unterlassen, so kann sie sich nicht darüber beschweren, wenn im Prozesse die klägerische Wahrscheinlichkeitsrechnung dem Entscheide zu Grunde gelegt wird. Diese letztere führt nun nach der Proportion Fr. 46478. 75 Cts. : x = 16,5 : 24,1 zu einem Minderwert des Weizens von Fr. 67,887. 13 Cts. Davon hat die Beklagte denjenigen Prozentsatz zu vergüten, der sich bei einer Vergleichung des Gesundwertes (Fr. 437,945. 20 Cts.) und der auf die havarierte Partie entfallenden Versicherungssumme (Fr. 290,456.) ergiebt, d. h. 66,3225 % oder Fr. 45,024. 40 Cts. Das Resultat ist also hinsichtlich der ersten Klagepost, wie das nach der entsprechenden Erhöhung des Minderwertes der versicherten Ware nicht anders sein konnte, das nämliche, wie bei der prinzipalen Rechnungsart der Kläger.

10. Im weitern besteht zwischen den Parteien lediglich noch darüber Streit, ob unter dem versicherten Schaden auch der Wert der beim Seetransport gänzlich verloren gegangenen 18012 kg. Weizen im Betrage von Fr. 2879 einzurechnen sei, wie die Kläger beanspruchen, oder ob derselbe gemäß dem beklagtischen Begehren bei der Schadensberechnung außer Betracht komme, d. h. zu Lasten der Versicherungsnehmer zu fallen habe.

Es steht fest, daß das gesamte Quantum der Ware bei ihrer Ankunft in Venedig, im Vergleich zu dem in den Konnossementen angegebenem Gewicht, fehlte, dagegen mangelt es an irgendwelcher ausreichenden Feststellung über die Ursache des Mankos. Der Seeprotest läßt zwei Möglichkeiten offen, zunächst daß das Verlorene ganz oder teilweise bei der zeitweisen Ausladung einer Partie (300 Tonnen) in Genicola beim türkischen Schlagbaum liegen geblieben sei, und sodann, daß der Verlust dadurch entstanden sei, daß während der Seereise beim Auspumpen des in den Kielraum des Schiffes gelangten Meerwassers eine größere Menge Körner mit diesem entfernt wurden. Gemäß Art. 2 der

Policebedingungen war nun von der Bekfagten derjenige Schaden zu ersetzen, der von unmittelbarer Berührung der Güter mit Seewasser herstammte, was in dem eben angegebenen Falle angenommen werden müsste; allein laut Art. 37 der Policebedingungen blieb es Sache der Kläger, als Versicherungsnehmer, den Schadensbestand, wozu auch dessen ursächlicher Zusammenhang mit der versicherten Gefahr gehört, nachzuweisen, und diese spezielle Grundlage ihres Anspruches haben die Kläger nicht hergestellt. Indes erstreckt sich die Haftung der Beklagten nach Art. 1 der Policebedingungen, vorbehältlich spezieller abweichender Bestimmungen, ganz allgemein auf alle Gefahren des Versicherungsgutes während der Dauer der Versicherung, und daß der Manko während der letztern eingetreten ist, erscheint einerseits durch die Gewichtsangabe in den Konnossementen, anderseits durch die Feststellung in Venedig über das Mindergewicht der dort angelangten Ware als nachgewiesen.

In Art. 2 der Policebedingungen ist indessen weiter vereinbart, daß dem Versicherer derjenige Schaden zur Last falle, der durch das Schwinden der Güter entstehe. Die Beklagte hat nun allerdings nicht dargethan daß letzteres die Ursache des konstatierten Mankos sei. Durch das Gutachten der Gerichtsexperten ist indes festgestellt, daß See- und Platzusanzen bestehen, wonach bei Schadensersatzforderungen aus Seeversicherung unter der Bezeichnung als calo naturale ein fixer prozentualer Gewichtsabzug vom versicherten Gut für Manko als Ausgleich für den Abgang des Gutes während der Reise infolge seiner natürlichen Beschaffenheit gemacht wird, und daß speziell in Venedig in diesem Sinne ein Abzug von 1 % des Konnossementsgewichtes der Ware platzüblich sei, in der Meinung, daß innert dieser Grenze der Versicherer von jeder Ersatzpflicht, sogar dann frei bleibe, wenn der Manko auf einen im übrigen ersatzfähigen Seeunfall, wie z. B. hier dem Eindringen von Meerwasser beruht.

Die genannte Usanz, auf welche die Beklagte sich berufen hat, darf nun unbedenklich als Bestandteil des Versicherungsvertrages der Parteien angesehen werden. Denn es war jedenfalls mit Bezug auf den Inhalt der von der Beklagten formulierten Police die Willensmeinung letzterer, daß die Feststellung des Schadens nicht bloß, wie in Art. 37 der Policebedingungen ausdrücklich erklärt ist, hinsichtlich ihrer Formen den „Gebräuchen des Ortes der Schadensermittlung" entsprechen solle, sondern auch mit Bezug auf derartige Platzusanzen; die Policebedingungen sind aber in ihrer „autonomen" vom Versicherer aufgestellten Form als Vertragsrecht anzusehen, dem der Versicherungsnehmer sich, wenn er keine bezüglichen Vorbehalte macht, ohne weiteres unterwirft.

Der Manko, dem gegenüber die Beklagte hienach zu einem Abzug von 1% des Konnossementsgewichts, für „calo naturale" berechtigt ist, erreicht nun diesen Quotienten nicht einmal, so daß der in Frage stehende klägerische Anspruch daher abgewiesen werden muß.

Die Klage ist somit gemäß dem eventuellen Antrag der Kläger im Betrage von Fr. 50212. 45 Cts. nebst Verzugszins zu schützen.

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben
von **Dr. P. Wolf,** Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel,** sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. August 1901. XX. Band. No. 15.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postsstellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Kollektivgesellschaft. II. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Kreditversicherungsbriefe, b) Zubehörden, c) Notariatsprotokolle, d) Advokatur, e) Betreibungsort, f) Anschlusspfändung g) Lohnpfändung, h) Kompetenzstücke, i) Konkurseröffnung.

Handelsgericht Zürich.

21. Mai 1901.

W. Jänike c. J. Höhn.

Kollektivgesellschaft.

Auflösung derselben. Verpflichtung des Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafters, den Austretenden „von jeder Schuld- und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven zu entlasten." Enthält dies die Pflicht zur Liberation bei den Gesellschaftsgläubigern?

Durch Gesellschaftsvertrag vom 29. Januar 1900, der fünf Jahre lang unaufkündbar sein sollte, vereinigten sich J. Höhn und W. Jänike unter der Firma Höhn & Jänike zur Übernahme des bisher von Konrad Werdmüller betriebenen Seidenfabrikationsgeschäftes. W. Jänike machte eine Einlage von 150,000 Fr. und J. Höhn eine solche von 100,000 Fr., letzterer, gelernter Seidenfabrikant, sollte der technischen Seite des Geschäftes vorstehen, ersterer dagegen die kaufmännische Leitung desselben übernehmen. Von dem Kaufschilling wurde ein Betrag von 150,000 Fr. von der neuen Firma dem Konrad Werdmüller in zwei Schuldbriefen von 30,000 Fr. in erster und 120,000 Fr. in zweiter Hypothek auf den übernommenen Liegenschaften in Wetzikon und deren Zubehörden, wie namentlich Seidenwebstühlen, angelobt, beide verzinslich à 4 %, ersterer gegenseitig jederzeit auf 6 Monate kündbar, letzterer vom 12. Februar 1900 an beidseitig 10 Jahre fest, vorbehältlich § 382 pr. G.-B., nachher ebenfalls auf 6 Monate kündbar, in der Meinung, daß schon vorher alljährlich auf 12. Februar je 5000 Fr. vom Kapital abbezahlt werden sollten, widrigenfalls der ganze Betrag sofort kündbar würde.

Infolge eingetretener Differenzen kamen die Parteien schon Ende Juni 1900 überein, sich zu trennen, und mit Vertrag vom 6. Juli lösten sie ihre Gesellschaft auf, indem sie u. a. vereinbarten: I. „Höhn übernimmt die Aktiven und Passiven der Firma und verpflichtet sich, Jänike von jeder weitern Schuld und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven zu entlasten." In Ziff. II verpflichtete J. Höhn sich, Jänike dessen Geschäftseinlage, sowie eine Abfindungssumme von 20,000 Fr. und endlich noch ein Vierteljahrsgehalt herauszubezahlen. Laut Ziff. IV war der Vertrag für Jänike sofort verbindlich, Höhn behielt sich

bis 15. Juli seine Zustimmung vor. Dabei war vorausgesetzt, daß Höhn inzwischen für die ausfallende Einlage Jänikes einen neuen Gesellschafter oder Kommanditär suchen werde. Am 16. Juli wurde die genannte Vereinbarung bis 15. August verlängert, gegen das Zugeständnis des Höhn, daß innert dieser Frist auch Jänike zu den nämlichen Bedingungen das Recht zur Übernahme des Geschäftes zustehen solle. Am 28. Juli erklärte Höhn sich zu dieser bereit, womit Jänike einverstanden war, und in den bedungenen Terminen zahlte er diesem sowohl die vereinbarte Abfindungssumme, als dessen Geschäftseinlage; doch trat ihm weder ein Associé noch ein Kommanditär zur Seite, vielmehr scheint er sich die Gelder durch Darlehen beschafft zu haben.

Die grundbüchliche Eigentumsübertragung an den Liegenschaften in Wetzikon erfolgte am 29. Oktober 1900. Als dann die Notariatskanzlei dem K. Werdmüller bezüglich der beiden Schuldbriefe von 30,000 Fr. und 120,000 Fr. die sog. Überbundsanzeige zustellte, erklärte der Genannte mit Brief vom 30. Oktober 1900 Jänike, daß er Höhn nicht als alleinigen Schuldner der erwähnten Schuldbriefe anerkenne, sondern sich nach wie vor an die beiden bisherigen Associés halten werde. Jänike antwortete mit dem Hinweis darauf, daß Höhn sich verpflichtet habe, ihn von jeder weitern Schuld- und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven zu entlasten, gleichzeitig erinnerte er auch Höhn hieran und ersuchte ihn, dafür zu sorgen, daß Werdmüller ihn, Jänike, von der Schuldpflicht bezüglich der beiden genannten Schuldbriefe entlasse. Höhn lehnte dies indes ab, indem er den Anspruch des Jänike hierauf bestritt.

Im Prozesse verlangte nun Jänike, Höhn sei als pflichtig zu erklären, dafür zu sorgen, daß Jänike durch die Gläubigerschaft der Schuldbriefe von 30,000 Fr. und 120,000 Fr. von der Haftpflicht entlassen werde. Diese Verbindlichkeit begründete er hauptsächlich mit der in Ziff. I des Auflösungsvertrages beigefügten Verpflichtung des Beklagten, ihn von jeder weitern Schuld- und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven zu entlasten. Der genannte Zusatz würde nämlich andernfalls einen leeren Pleonasmus enthalten, was nicht angenommen werden könne. Diese Vertragspflicht sei für ihn angesichts der langen Unaufkündbarkeit des Schuldbriefes von 120,000 Fr. und der Möglichkeit, daß die Unterpfänder sich inzwischen verschlechtern, von grösster Bedeutung und beim Vertragsabschluß geradezu wesentlich gewesen. Allerdings habe der Kläger erwartet, daß der Beklagte einen neuen, zahlungsfähigen Gesellschafter oder Kommanditär aufnehmen werde, und in letzterem Falle wäre ein Streit nicht entstanden, schon weil Werdmüller alsdann dem Kläger zweifellos die Entlassung nicht verweigert hätte. Daß die Erfüllung der genannten Pflicht möglich sei, gehe daraus hervor, daß Werdmüller sich, verbindlich bis 1. Oktober 1901, bereit erklärt habe, den Schuldbrief von 120,000 Fr. auf eine einmonatliche Kündigung hin gegen Zahlung des Nominalwertes nebst laufenden Zinsen abzutreten.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht: Der streitige Passus des Vertrages enthalte nur eine Bestärkung der Verpflichtung des Beklagten, die Schuld- und Zahlungspflicht für die Gesellschaftspassiven auf sich zu nehmen. Hieraus folge aber keineswegs eine Pflicht, die Befreiung des Klägers bei den Gesellschaftsgläubigern zu erwirken, sondern nur die Pflicht, dem Kläger, falls er von den Gläubigern belangt würde, die alsdann etwa von ihm an diese bezahlten Summen nebst andern Auslagen zurückzuerstatten, vielleicht auch die Pflicht zum Ersatze allfälligen Schadens. — Über die beiden Schuldbriefe sei bei den Verhandlungen über die Gesellschaftsauflösung gar nicht gesprochen worden, man habe an dieselben deshalb nicht weiter gedacht, weil man sie als zweifellos genügend gedeckt betrachtet habe; der Assekuranzwert der Gebäude betrage 178,000 Fr. und derjenige der mitverpfändeten Pertinenzen 163,000 Franken, zusammen also 341,000 Fr. Auch sei man davon ausgegangen, daß Werdmüller wegen der langen Unaufkündbarkeit des Briefes von 120,000 Fr. zu einer Entlassung des Klägers ja überhaupt nicht werde veranlaßt werden können. Daß der streitige Passus nicht den weit-

gehenden vom Kläger behaupteten Sinn habe, gehe auch daraus hervor, daß schon s. Z. beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages die lange Unkündbarkeit des genannten Schuldbriefes für die Parteien fundamentale Bedeutung gehabt habe, noch mehr sei dies für den Beklagten bei der Übernahme des Geschäftes der Fall gewesen, angesichts der ihm dadurch gestellten noch bedeutendern finanziellen Aufgabe; das Stehenbleiben der Hypothek sei daher die stillschweigende Bedingung des Gesellschaftsauflösungsvertrages gewesen. — Im übrigen sei der Kläger von der Mithaftung für den Schuldbrief von 30,000 Fr. jetzt schon befreit, indem K. Werdmüller denselben an Frau Dürsteler-Honegger in Zürich abgetreten und diese dem Beklagten am 3. Dezember 1900 für eine Zinszahlung die Quittung auf seinen Namen ausgestellt habe, worin nach der Gerichtspraxis die Entlassung der alten Schuldnerin, Firma Höhn & Jänike, zu erblicken sei.

Die Klage wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Die Solidarhaft der Anteilhaber einer Kollektivgesellschaft für die Verbindlichkeiten derselben (Art. 564 Obl.-R.) dauert beim Austritt eines solchen, vorbehältlich der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 585 Obl.-R., von Gesetzes wegen fort. In Art. I des Gesellschaftsauflösungsvertrages haben nun die Parteien zunächst vereinbart, daß der Beklagte die Aktiven und die Passiven des bisherigen gemeinsamen Geschäftes zu übernehmen habe. Hierin liegt eine sogen. private Schuldübernahme oder „Expromission“ von seiten des Beklagten, für die den Kläger gemäß der genannten Gesetzesbestimmung gegenüber den dritten Gläubigern der bisherigen Gesellschaft noch treffende Solidarhaft für die Gesellschaftsschulden. Die Wirksamkeit eines solchen Vertrages gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger hängt freilich von seiner Zustimmung (Genehmigung) ab (vgl. Dernburg, Pandekten Bd. II, § 53 S. 142, Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 338, Stobbe, Deutsches Privatrecht 2. Aufl., Bd. III, § 181 S. 219, Deutsches bürgerliches Gesetzbuch § 415), und dies gilt auch speziell beim Verkauf eines mit grundversicherten Schulden belasteten Grundstückes, wenn der Käufer, wie hier der Beklagte, die Hypotheken übernimmt. (Vgl. Rech.-Ber. d. Obergerichts 1893 Nr. 51 und die dortigen Citate.)

Ein derartiger Schuldübernahmevertrag enthält indes im Zweifel und solange als aus demselben eine weitergehende Meinung nicht hervorgeht, nach der herrschenden Ansicht lediglich die Vereinbarung, daß der Promittent im Verhältnis zum Promissar in das übernommene Schuldverhältnis als Selbstschuldner einzutreten habe, und, sofern der Gläubiger einwilligt, auch diesem gegenüber die Schuldverbindlichkeit übernehme und dieselbe erfüllen werde, nicht dagegen das Versprechen des Promittenten, den bisherigen Schuldnexus zwischen dem Promissar und dem zustimmenden Gläubiger aufzuheben und somit bei diesem die Schuldbefreiung des Promissars zu erwirken (vgl. Stobbe a. a. O. § 181 Ziff. 1, Windscheid a. a. O. bei Nr. 8, abweichend freilich Dernburg a. a. O.), und dies entspricht auch durchaus der im Verkehr bestehenden Auffassung, die wiederum dadurch bedingt ist, daß die Erwirkung einer Schuldbefreiung dem Schuldübernehmer öfters unerschwingliche Lasten überbinden würde. Hienach muß der Promissar sich trotz der Expromission gefallen lassen, vom dritten Gläubiger, der die Schuldübernahme nicht genehmigt hat, aus der Schuld belangt zu werden und hat er dann gegenüber dem Promittenten lediglich Anspruch auf Rückerstattung seiner geleisteten Zahlungen (vgl. Stobbe a. a. O.), und vielleicht, gemäß Art. 112 Obl.-R., auf Ersatz eines allfälligen Schadens. Dies ist auch in der zürcherischen Gerichtspraxis, speziell im Fall der Übernahme von Hypothekarschulden durch den Liegenschaftenkäufer festgehalten worden (vgl. den oben citierten Entscheid des Obergerichtes von 1893, — abweichend dagegen ein Entscheid des Oberlandesgerichtes Celle, in Seufferts Archiv Bd. 45 Nr. 175), da auch in diesem Verhältnis die Willensmeinung der Parteien in der Regel eben dahin geht, daß der Käufer nicht gehalten sei, die Liberation des Verkäufers

beim Hypothekargläubiger zu erwirken, was ja oft lediglich durch Abzahlung der Schulden möglich wäre, womit der Käufer in der Regel eine wesentliche Mehrbelastung übernehmen müßte.

2. Es frägt sich somit, ob die weitergehende Pflicht des Beklagten, den Kläger von den Gesellschaftsschulden, bezw., wie heute einzig im Streite liegt, gegenüber dem Kreditor der beiden Schuldbriefe von 30,000 Fr. und 120,000 Fr. von der Schuld gänzlich zu befreien, wie der Kläger behauptet, durch die weitere Vereinbarung stipuliert worden sei, wonach der Beklagte sich verpflichtet hat, jenen „von jeder weitern Schuld und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven zu entlasten." Daß diese Ausdrucksweise für sich schon die genannte Pflicht mit aller Klarheit statuiere, wird nicht gesagt werden können, vielmehr wäre, um schon durch den Wortlaut des Vertrages jeden Zweifel hierüber vorzubeugen, etwa auszubedingen gewesen, der heutige Beklagte habe sich innert einer bestimmten Frist darüber auszuweisen, daß die Gesellschaftspassiven entweder bezahlt seien oder die Gläubiger den ausscheidenden Kläger von der Haftung für die Gesellschaftsschulden befreien, d. h. „entlassen" bezw. „entlasten". Die gewählte Ausdrucksweise für sich allein weist lediglich auf eine Handlung des Beklagten, nicht aber auf eine solche der Gesellschaftsgläubiger hin.

Berücksichtigt man aber im weitern den ganzen Inhalt des Art. I des Vertrages und die den Vertragsschluß begleitenden Umstände, so erscheint die Vereinbarung immerhin als schlüssig im Sinne der Behauptungen des Klägers. Denn der streitige Zusatz würde andernfalls in der That einen leeren Pleonasmus, etwas ganz Überflüssiges, also einen Redaktionsfehler enthalten, was nach den Regeln über die Interpretation von Schriftstücken nicht angenommen werden darf, sofern der Zusatz einen andern, berechtigten Sinn haben kann; letzteres ist hier aber gewiß nicht in Abrede zu stellen. Daß sodann jedenfalls der Kläger dem streitigen Passus von Anfang an die ihm heute zugeschriebene Bedeutung beilegte, ergiebt sich aus seiner vom Beklagten nicht bestrittenen und damit anerkannten Darstellung, daß die streitige Stelle in seiner ursprünglichen Vertragsofferte noch fehlte und dann in seinem neuen schriftlichen Antrag auf den Rat seines Anwaltes hin und in der Willensabsicht aufgenommen wurde, von jeder Gefahr einer spätern Belangung durch die Gesellschaftsgläubiger befreit zu werden. Der Beklagte aber war bei einer irgendwie aufmerksamen Prüfung schon durch den Zusatz als solchen darauf hingewiesen, daß dieser nicht wohl eine bloße Widerholung enthalten könne, noch mehr aber durch die nachträgliche Einschiebung der in Frage stehenden Stelle, zumal er, wie von ihm durch Nichtbestreitung der bezüglichen klägerischen Behauptung anerkannt worden, schon damals durch seinen Anwalt beraten war.

Diese Interpretation wird dadurch nicht widerlegt, daß der Beklagte bei Übernahme des Geschäftes naturgemäß einen großen Wert auf das Fortbestehen des von K. Werdmüller der bisherigen Gesellschaft gewährten langsichtigen Hypothekarkredites legen mußte; denn er führt selbst aus, daß für diesen jede wünschbare Realdeckung vorhanden sei, und man geht daher wohl nicht fehl mit der Annahme, der Beklagte habe eben erwartet, der genannte Gläubiger werde in die Schuldbefreiung des Klägers einwilligen, zumal nach der vom Beklagten nicht bestrittenen klägerischen Darstellung damals vorausgesetzt wurde, der Beklagte werde einen neuen Gesellschafter oder einen Kommanditär aufnehmen, in welchem Falle er wohl mit aller Wahrscheinlichkeit auf die Fortgewährung des Hypothekarkredites, unter Entlassung des Klägers, zählen durfte.

Wenn demnach davon auszugehen ist, der Beklagte habe sich verpflichtet, die Schuldbefreiung des Klägers gegenüber dem Gläubiger der beiden Schuldbriefe von 30,000 Fr. und 120,000 Fr. zu erwirken, so ergiebt sich hieraus grundsätzlich die Gutheißung des Klagebegehrens, das auf gerichtliche Feststellung der genannten Verpflichtung des Beklagten gerichtet ist. An einem Interesse des Klägers hiezu kann nicht gezweifelt werden; denn schon die rechtliche Existenz der vom Beklagten behaupteten Fortdauer der Mithaft des Klägers würde

ja eine Belastung des Vermögens des letztern bilden, und mit Recht hat der Kläger ferner betont, daß wegen der langen Unaufkündbarkeit des Titels von 120,000 Fr. für ihn unter Umständen pekuniäre Gefahren entstehen könnten.

3. Der Einwand des Beklagten, daß die Liberation des Klägers mit Bezug auf den Schuldbrief von 30,000 Fr. schon gegenwärtig bewirkt sei, geht fehl. Zwar genügt es in dieser Hinsicht, zur Ausübung des dem Hypothekargläubiger bei Handänderung der Briefsunterpfande gemäß § 363 pr. G.-B. zustehenden Wahlrechts, an konkludenten Handlungen des Schuldbriefgläubigers, und ist in der Gerichtspraxis bis vor kurzem konstant angenommen worden, daß als solche in allen Fällen die vorbehaltlose Ausstellung einer Zinsquittung an den neuen Briefschuldner anzusehen sei (vgl. die bei Schneider, Komm. z. pr. G.-B., zu § 363 in Anm. 3 genannten Präjudikate). Wie das Obergericht aber in neuerer Zeit erklärt hat (z. B. im Urteil vom 2. Februar 1901 i. S. W. Güntert c. H. Holländer) kann diese weitgehende Interpretation nicht aufrecht erhalten werden, sondern sind bei der Auslegung des Willens des Gläubigers die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Im vorliegenden Falle kann nun die von der neuen Briefgläubigerin, Frau Honegger-Dürsteler, dem Beklagten auf seinen Namen erteilte Zinsquittung schon deshalb nicht im Sinne einer Entlassung des Klägers schlüssig erachtet werden, weil der Beklagte ja schon bisher Mitschuldner des Titels war, so daß die Gläubigerin, auch wenn sie ihn ebenfalls als Schuldner behalten wollte, zu einem bezüglichen Vorbehalt nicht eine unmittelbare Veranlassung hatte.

Obergericht Zürich.

I. Fertigung von Kreditversicherungsbriefen.

Priv. Ges.-B. §§ 362, 361, 331.

A. Meier ist zusammen mit J. Reinhard Eigentümer eines Grundstückes in Zürich IV., welches sie an Baumeister König durch schriftlichen Kaufvertrag verkauft haben, und auf welchem König vier Wohnhäuser erbaut hat. Wegen einer auf dem Grundstück haftenden Servitut konnte aber das Grundstück dem Käufer König nicht zugefertigt werden, es steht also zur Zeit noch im Eigentum des Meier und des Reinhard. — Auf diesem Grundstück errichteten die Eigentümer einen auf ihren Namen als Schuldner lautenden Kreditversicherungsbrief von Fr. 100000 zu Gunsten der Hypothekarbank Zürich. Meier behauptet, daß dieser Kreditversicherungsbrief bis zur Höhe von ungefähr Fr. 65000 nicht von ihnen, Meier & Reinhard, sondern von Baumeister König in Anspruch genommen worden sei, der mit diesem Gelde die bereits genannten Bauten ausgeführt habe. Nur weil König nicht Eigentümer des Baugrundstückes gewesen sei und deshalb einen Versicherungsbrief nicht habe errichten können, hätten die Eigentümer an Stelle des König dies gethan; in Wirklichkeit sei König Schuldner des von der Hypothekarbank erhobenen Geldes, was er auch anerkenne.

Die Parteien, Meier & Reinhard als Verkäufer und König als Käufer, verlangten nun vom Notariat Oberstraß die Fertigung des über das erwähnte Grundstück abgeschlossenen Kaufvertrages und zwar in dem Sinne, daß der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis auf dem Kaufsobjekte versichert und überdies der Kreditversicherungsbrief vorgehend dem Kaufpreis einfach „vorgestellt", d. h. ohne Abrechnung an dem vereinbarten Kaufpreise dem Käufer König überbunden werde. König sei auch bereit, diesen Kreditversicherungsbrief ohne Anrechnung an den Kaufpreis zu übernehmen, da er eben thatsächlich Schuldner desselben sei und nicht die Verkäufer, auf deren Namen der Brief ausgestellt sei.

Das Notariat Oberstraß verweigerte die Fertigung dieses Kaufes, bevor 1. die Verkäufer die Zustimmung der Kreditorin des Kreditversicherungsbriefes beigebracht und 2. die Verkäufer genaue Angaben über die Höhe des wirklichen Schuldbetrages gemacht haben. — Gegenüber dieser Weigerung des Notars hat A. Meier sich beim Bezirks-

gerichte Zürich I. Abt. beschwert und es hat dieses die Beschwerde als begründet erklärt und das Notariat angewiesen, den Vertrag zu fertigen, im wesentlichen mit folgender Begründung:

Die Frage, ob die Fertigungsbehörde mit Recht von den Kontrahenten die Zustimmungserklärung des Kreditversicherungsbriefgläubigers zur Übertragung des Briefes auf den neuen Erwerber des Unterpfandes verlangen könne, ist zu verneinen. Das Gesetz giebt nirgends einen Anhaltspunkt dafür, daß es hinsichtlich der Schuldenanweisung den Gläubiger eines Kreditversicherungsbriefes anders behandelt wissen wolle als andere Pfandbriefgläubiger. Die Verpflichtung des neuen Erwerbers eines verpfändeten Grundstückes, mit dem letztern auch die darauf haftenden Schulden zu übernehmen, wird in § 361 Abs. 2. Priv. G.-B. nicht nur als für eigentliche Schuldbriefe, sondern ausdrücklich auch als für andere Grundversicherungen geltend erklärt, „soweit die Natur des Rechtsverhältnisses es zuläßt". Zu diesen andern Grundversicherungen wird in § 331 Priv. G.-B., auf welchen § 361 verweist, auch der Kreditversicherungsbrief gezählt. Und da der Gesetzgeber die Frage des Überganges einer Kreditversicherungsschuld speziell ins Auge faßt, (vgl. § 363 Priv. G.-B.) so rechnet er offensichtlich diese Art der Grundversicherung nicht zu denjenigen, bei denen „die Natur des Rechtsverhältnisses den Schuldübergang ausschließt". Auf den Kreditversicherungsbrief angewandt, kann jene Ausdrucksweise nur die Bedeutung haben, daß der neue Erwerber der verpfändeten Liegenschaft nur im Betrag der effektiven aus dem Kreditverhältnis hervorgegangenen Schuld in das Schuldverhältnis eintritt; denn gegen die Natur des Rechtsverhältnisses wäre es allerdings, den neuen Schuldner auch zum Eintritt in das Kreditverhältnis mit dem Kreditor und diesen letztern zur Fortsetzung desselben mit einem von ihm nicht gewollten Schuldner zu verpflichten. Eine Verpflichtung, in das Schuldverhältnis einzutreten, besteht allerdings hinsichtlich der bereits vorhandenen Schuld für den Schuldner, während der Gläubiger, dessen Zustimmung zum Schuldübergang daher konsequenterweise irrelevant ist, wie jeder andere Pfandgläubiger vom Gesetze auf die Alternative beschränkt wird, sich an den alten Schuldner zu halten oder den neuen anzuerkennen (§ 363). Dem Gläubiger eines Kreditversicherungsbriefes ein besseres Recht einzuräumen, als dem Gläubiger eines andern Pfandbriefes, hätte nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn von Rechts wegen der neue Erwerber mit der Übernahme der Schuld auch in das Kreditverhältnis eintreten würde, eine Folge, welche vom Gesetz ausdrücklich in Abrede gestellt wird (§ 362). Wenn der Beschwerdegegner sich zur Stützung seines Standpunktes auf spezielle Anweisungen des Bezirks- und des Obergerichtes aus den Jahren 1883, 1886 und 1888 beruft, so ist darauf zu erwidern, daß jene Anweisungen aus einer Zeit datieren, in der es mangels einer gesetzlichen Regelung der Frage des Überganges einer durch Kreditversicherungsbrief verhypothecierten Liegenschaft an einer Direktive für die Fertigungsbeamten fehlte. Der daraus resultierenden Unsicherheit und Ungleichheit in der Behandlung solcher Fälle machten dann eben die erwähnten Bestimmungen des Privatrechtl. Gesetzbuches ein Ende.

Mit Unrecht verlangt der Notar von den Kontrahenten auch die Fixierung des genauen Schuldbetrages. Dieses Begehren wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Erwerb einer durch Kreditversicherungsbrief verpfändeten Liegenschaft bedingen würde, daß ersterer gelöscht und an seiner Stelle ein neuer Schuldbrief errichtet werde, — eine Praxis, die vor Inkrafttreten des revidierten Privatrechtes von den Notaren allerdings geübt wurde. Eine solche Umwandlung fordert das letztere nicht, das ja mit der Möglichkeit der Fortsetzung des Kreditverhältnisses zwischen Kreditor und neuem Erwerber eine eigentliche Überbindung der Kreditversicherung kennt. Und da auch für den entgegengesetzten Fall — der ein- oder beidseitigen Weigerung, für das bestehende Kreditverhältnis einzutreten — jene Umwandlung vom Gesetze nicht vorgeschrieben ist, so muß die Behandlung des Schuldner- bezw. Eigenthums-Wechsels hier dieselbe sein. Wenn schon hier dann rich-

tigerweise nicht von Überbindung des Kreditversicherungsbriefes gesprochen werden sollte, während faktisch dem neuen Erwerber nur die effektive zur Zeit der Fertigung bestehende, aus dem Kreditverhältnis hervorgegangene Schuld angewiesen wird, so ist ihm doch formell der Kreditversicherungsbrief zu überbinden. Somit ist es für den Fertigungsbeamten ohne Interesse, den wirklichen Schuldbetrag — eine durchaus interne Angelegenheit von Kreditor und Schuldner — zu kennen, wie denn ja auch in andern Fällen häufig genug von den Kontrahenten in Unkenntnis der wahren Schuldsumme gefertigt wird.

Der vom Notar hiegegen beim Obergericht erhobene Rekurs wurde als unbegründet abgewiesen.

Gründe:

Der Rekurs ist ohne weiteres zu verwerfen; es kann hiebei in der Hauptsache verwiesen werden auf die in allen Teilen zutreffende Begründung des erstinstanzlichen Entscheides.

Der Rekurrent hat zur Widerlegung dieser Ausführungen nicht das Geringste vorgebracht, sondern sich begnügt, neuerdings darauf hinzuweisen, daß das Obergericht in einem Visitationsbericht vom Jahre 1883 gerade dem Notar von Oberstraß gegenüber das Überbinden eines solchen Kreditversicherungsbriefes gerügt und sich dahin ausgesprochen habe, daß Kreditversicherungsbriefe sich nicht dazu eignen, dem neuen Erwerber der Liegenschaft angewiesen zu werden, wenn nicht vorher ein festes Schuldverhältnis geschaffen oder das Fortbestehen des Kreditverhältnisses festgestellt werde.

Nun hat bereits das Bezirksgericht durchaus richtig erklärt, daß die Berufung auf diesen Beschluß des Obergerichtes deswegen nicht zutreffe, weil § 362 des neuen Priv. G.-B. die früher streitige Frage ausdrücklich geordnet habe und zwar in einer von der in dem citierten Visitationsbericht enthaltenen Auffassung abweichenden Weise. Richtig ist, daß unter dem alten Priv. G.-B. die Praxis bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Überweisung von Kreditversicherungsbriefen an den neuen Erwerber der verpfändeten Liegenschaft schwankend war, weil die Ansichten darüber auseinandergingen, ob und inwieweit der neue Erwerber berechtigt und verpflichtet sei, in das Kreditverhältnis einzutreten. (Siehe darüber Schneider Komm. zu § 362 u. Rech.-Ber. 1886 Seite 59). Diese Unsicherheit hat nun das neue Priv. G.-B. in § 362 beseitigt und damit die Zulässigkeit der Überbindung von Kreditversicherungsbriefen bejaht, mit der an sich selbstverständlichen Einschränkung, daß die Überbindung einer solchen Schuld den Eintritt in das Kreditverhältnis nicht in sich schließe.

Der Notar hat die Fertigung mit Rücksicht auf die Rechte des Gläubigers des auf der Liegenschaft des Meier haftenden Kreditversicherungsbriefes abgelehnt; angesichts der in § 362 enthaltenen Einschränkung ist aber unverständlich, wie er davon ausgehen kann, es werde durch eine solche Überweisung unter Umständen der Kreditor geschädigt; der Notar scheint völlig zu übersehen, daß natürlich auch der Gläubiger des Kreditversicherungsbriefes, wie derjenige eines gewöhnlichen Schuldbriefes, trotz der Überbindung der Schuld an den neuen Erwerber das Recht hat, sich im Sinne des § 363 noch an den alten Schuldner zu halten. Der Standpunkt des Rekurrenten, es haben die Parteien vorerst die Einwilligung der Hypothekarbank zur Überbindung des Kreditversicherungsbriefes beizubringen, ist folglich durchaus unbegründet.

Damit fällt ohne weiteres auch die zweite Einwendung des Fertigungsbeamten dahin, daß die Parteien ihm den genauen Betrag der Schuld anzugeben hätten; offenbar hat der Notar diese Auflage lediglich gemacht mit Rücksicht auf den bereits erwähnten Beschluß des Obergerichtes, weil eben früher vielfach die Auffassung herrschte, daß die Überbindung eines Kreditversicherungsbriefes nur in der Form möglich sei, daß eine feste Kapitalsumme dem neuen Erwerber überwiesen werde. Nachdem aber grundsätzlich die Überbindung von Kreditversicherungsbriefen gestattet ist, liegt kein Grund vor, zu verbieten, die Anweisung des Kreditversicherungsbriefes so vorzunehmen, wie das Instrument angelobt wurde, sofern wenigstens

der neue Erwerber sich dies gefallen läßt, wie das in concreto der Fall zu sein scheint. Davon, daß der Notar von Amtes wegen die Feststellung einer bestimmten Schuldsumme verlangen könne, ist keine Rede.

Der Notar ist daher zu verpflichten, den Kaufvertrag zu fertigen und zwar in der Weise, wie der Beschwerdeführer das verlangt, der ausführt, es dürfe der Kreditversicherungsbrief nicht „angewiesen" d. h. am Kaufpreis abgerechnet, sondern derselbe müsse ohne Anrechnung auf diesen „vorgestellt" werden. Sofern die Parteien, insbesondere natürlich der Käufer König, bei der Fertigung einverstanden sind, daß König den Kreditversicherungsbrief ohne Anrechnung an den Kaufpreis übernehme, hat der Notar selbstverständlich das Geschäft gemäß den Intentionen der Kontrahenten zu fertigen.

(25. Okt. 1900. Not.-Kanzlei Oberstraß c. A. Meier.)

II. Zubehörden.

§§ 50 und 52 Zürch. Priv. Ges. B.

1. Dampfmaschine.

Streitig ist, ob ein Dampfkessel mit Dampfmaschine, welche sich in einem mech. Werkstattgebäude befinden, als gesetzliche (§ 50 Priv. Ges. B.) oder bloss vertragliche Zubehörden (§ 52 das.) zu behandeln seien. — Es handelt sich um einen aufrecht stehenden Dampfkessel, der in das Gebäude nicht eingemauert ist, ein sog. Halblokomobil, das fix und fertig an beliebigem Ort aufgestellt werden kann. Mit dem Kessel ist ein Motor verbunden, ähnlich wie bei Lokomobilen. Hier ruhen Kessel und Motor auf einem gevierten, fest mit dem Boden verbundenen Zementsockel und sind mittelst einzementierter Schrauben auf diesem Sockel befestigt. Auf einem zweiten in die Wand eingelassenen Zementsockel ist das Widerlager für die Transmissionswelle ebenfalls vermittelst einzementierter Schrauben festgemacht. Der ganze Apparat befindet sich im Kesselraum des Werkstattgebäudes, einem Raume, der offensichtlich extra gebaut und eingerichtet wurde, um einen Dampfkessel mit Motor aufzunehmen.

Wenn man nun auch vielleicht nicht so weit gehen kann, zu sagen, Dampfkessel und Maschine erscheinen als dauernd mit dem Gebäude verbunden, in welchem Falle sie einfach als Teil der Liegenschaft erklärt werden müssten, so kann einem Zweifel doch nicht unterliegen, dass sie wenigstens als gesetzliche Zubehörde zu betrachten sind, da sie offenbar die Zweckbestimmung haben oder hatten, dem Gebäude, einer mechanischen Werkstätte, dauernd zu dienen (§ 50 Priv. Ges. B.). Nur wenn das ganze Gebäude seiner Zweckbestimmung als mechanische Werkstätte entfremdet wird, verliert natürlich auch der Dampfkessel mit Motor, der Maschinenraum selber, seine Bedeutung für das Gebäude. Das letztere war aber als mechanische Werkstätte eingerichtet und zum Betrieb der Werkstätte gehörte dauernd ein Dampfkessel mit Motor, wie er in dem eigens konstruierten Maschinenraum aufgestellt war. Zweifellos ist auch die Werkstätte bisher als solche betrieben worden; eventuell hätte natürlich eine vorübergehende Einstellung des Betriebs die Rechte der Grundpfandgläubiger nicht zu beeinträchtigen vermocht.

(22. März 1901, Konkursmasse K. Furrer c. H. Frech & Cons.)

2. Lagerfässer.

S., Weinhändler in Z. beabsichtigt, als Zubehörden seiner Liegenschaft, einer Villa, in der eine Weinhandlung betrieben wird, und die daher mit speziell hiefür eingerichteten, sich unter dem Hofraum und einem Nebengebäude fortsetzenden Kellereien versehen ist, die hier aufgestellten 18 hölzernen Fässer von 34-76 hl. Gehalt zu verpfänden. Diese Fässer sind der Räumlichkeit gut angepasst; immerhin kann nicht gesagt werden, daß sie nicht — abgeschlagen und wieder aufgerichtet, — auch in einem andern Keller verwendbar werden. Auf bezügliche Einfrage wurde erklärt: Der Verpfändung der in Frage stehenden Fässer als vertraglicher Zubehörden im Sinne des § 52 Priv. Ges. B. stehe nichts im Wege, da dieselben, wenn auch anderweitig verwendbar, doch speziell dem für den Betrieb einer Weinhandlung eingerichteten Gebäude angepasst seien.

(22. März 1901.)

III. Einsicht in die Notariatsprotokolle.

Rechtliches Interesse.

Nach Gesetz und Praxis ist das Recht zur Einsicht in die Notariatsprotokolle keineswegs an die Voraussetzung geknüpft, daß derjenige, welcher die Einsicht verlangt, am betreffenden Rechtsgeschäfte direkt beteiligt sei; vielmehr genügt (nach § 572 Priv. Ges.-B.) jedes rechtliche Interesse und sind für die Annahme eines solchen im Gesetz keine speziellen Voraussetzungen aufgestellt. Es ist hiefür vielmehr lediglich die freie richterliche Würdigung der Verhältnisse und Personen maßgebend, wobei im Sinne des Gesetzes ohne ängstliche Pedanterie verfahren werden soll. (Vgl. Schneider Komm. z. Priv. Ges. B. zu §§ 572 ff.) Ein rechtliches Interesse darf darnach wohl in allen Fällen angenommen werden, wo der die Protokolleinsicht Nachsuchende zu bescheinigen vermag, daß der betreffende Eintrag für seine Rechtsstellung von Bedeutung sein könnte. (Ob er es wirklich sei, kann natürlich erst bei Kenntnis seines Inhaltes und Wortlautes beurteilt werden.) (15. Nov. 1900.)

IV. Advokatur.

Gesetz betr. die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes vom 3. Juli 1898, § 1. „Berufsmäßige Vertretung."

Unter Berufung auf den in diesen Blättern S. 147/8 mitgeteilten Entscheid des Obergerichtes vom 18. April 1901, wo erklärt wurde, es sei nicht eine unter § 1 des Rechtsanwaltsgesetzes fallende berufsmäßige Vertretung Dritter vor Gericht, wenn der Verwalter fremder Liegenschaften für deren Eigentümer aus dieser Verwaltung herrührende Prozesse führe, stellte ein Rechtsagent die Einfrage, ob es nicht gleichfalls statthaft sei, daß er „kleinere Prozesse," die sich aus Inkassoaufträgen ergeben, selbst führe.

Er wurde verneinend beschieden unter Hinweis darauf, daß bei einem Geschäftsagenten, der die Besorgung von Inkassoaufträgen berufsmäßig betreibe, die Führung daheriger Civilstreitigkeiten als „berufsmäßig" zu betrachten, also nach dem Rechtsanwaltsgesetz nicht zulässig wäre. (31. Mai 1901.)

V. Betreibungsort.

Ist für Steuerforderungen die Betreibung am Orte ihrer Entstehung statthaft, wenn der Schuldner inzwischen in einen andern Kanton gezogen ist?

Das Steuerbureau der Stadt Zürich verlangte beim Betreibungsamte Zürich I die Anhebung der Betreibung gegen den in Frauenfeld wohnhaften Schriftsetzer Th. Schönbächler für rückständige Steuern. Das Betreibungsamt verweigerte jedoch die Annahme der Betreibung mit der Motivierung, es müsse vorerst nachgewiesen werden, daß der Betriebene hierorts Aktiven besitze.

Eine hiegegen gerichtete Beschwerde wurde von beiden Aufsichtsinstanzen abgewiesen, von der zweiten aus folgenden

Gründen:

Es ist richtig, daß das Bundesgericht wiederholt den Satz aufgestellt hat, daß Art. 46 Abs. 1 des Sch.- u. K.-G., wonach der Schuldner an seinem Wohnort zu betreiben ist, auf Forderungen öffentlich-rechtlicher Natur, spez. auf Steuerforderungen, soweit es sich dabei um interkantonale Verhältnisse handelt, keine Anwendung finde, sondern daß für solche Ansprüche die Betreibung an dem Orte (bezw. in dem Kanton), wo die Forderung entstanden ist und die Zahlung geleistet werden soll, zulässig sei (vgl. die Zitate in Jägers Komm. z. Sch. u. K.-Ges. S. 49). Gegen die Richtigkeit dieses Satzes lassen sich erhebliche Bedenken geltend machen, wie dies namentlich in der Abhandlung von Prof. Salis (Archiv V S. 215 ff.) geschehen ist. Insbesondere ist nicht einzusehen, wenn, wie das Bundesgericht in seinem Entscheid i. S. Bloch (A. S. Bd. 23 Nr. 64 Erw. 2) im Gegensatz zu der im Falle der Aktienmühle Basel (Bd. 22 S. 332) ausgesprochenen Ansicht annimmt, die Vorschriften des Sch. u. K.-Ges. auch auf die Betreibung für derartige öffentlich-rechtliche Ansprüche Anwendung finden, weshalb dann die Bestimmungen über den Betreibungsort, speziell Art. 46 nicht auch in diesen Fällen Geltung haben sollen. Eine Ausnahme von der Regel des Art 46 zu Gunsten derartiger Ansprüche enthält das Gesetz nirgends und es geht kaum an, eine solche

aus Art. 80 Abs. 2 des Gesetzes und der teilweisen Unwirksamkeit dieser Bestimmung, beim Mangel einer solchen Ausnahme herzuleiten, wie es in dem angeführten Entscheide des Bundesgerichts versucht wird. Jedenfalls könnte diese bundesgerichtliche Praxis bloß insoweit als mit dem Gesetze in Einklang stehend betrachtet und befolgt werden, als es danach den Kantonen frei stünde, für die Eintreibung von Steuerforderungen und andern öffentlichrechtlichen Ansprüchen neben der Vorschrift des Art. 66 ein besonderes Betreibungsforum, wenigstens für interkantonale Verhältnisse festzusetzen. Allein der Kanton Zürich hat in seinem Einführungsgesetz von dieser Fakultät keinen Gebrauch gemacht und es enthält auch das zürcherische Steuergesetz keine derartige Bestimmung. Unter diesen Umständen mangelt es durchaus an der gesetzlichen Grundlage, wonach ein Auswärtswohnender im Kanton Zürich für eine Staats- oder Gemeindesteuer betrieben werden könnte. Auf die Frage, ob dies auch, ohne Auswirkung eines Arrestes, dann der Fall wäre, wenn sich Vermögensstücke desselben hier befänden, braucht schon deshalb nicht eingetreten zu werden, weil dieser Fall zugegebenermaßen hier nicht vorliegt.

(4. Juni 1901. Steuerbureau Zürich c. Th. Schönbächler.)

VI. Anschlusspfändung.

Nach Ablauf der 40-tägigen Teilnahmefrist ist die Ehefrau eines Schuldners nicht mehr berechtigt, mit einer Weibergutsforderung die Anschlußpfändung zu erklären, auch wenn das Betreibungsamt fehlerhafter Weise unterlassen hat, ihr von dem Vollzug einer Pfändung beim Ehemann rechtzeitig Kenntnis zu geben.

In einer Betreibung gegen J. Schweppe, Zürich III hat die Ehefrau des Schuldners, nachdem auf ein Nachpfändungsbegehren des Gläubigers Kunzmann hin vom Lohne des Schuldners am 7. April 1900 ein Betrag von 50 Cts. täglich bis zur Deckung der ganzen Betreibungsforderung gepfändet worden war, am 4. Januar 1901 die Anschlußpfändung erklärt, also lange nach Ablauf der 40-tägigen Teilnahmefrist.

Das Betreibungsamt hatte versäumt, sowohl dem Drittschuldner, dem Arbeitgeber, als auch der Ehefrau des Betreibungsschuldners von der erfolgten Pfändung Kenntnis zu geben, was sich erst herausstellte, als der Rekurrent im Dezember 1900 den fälligen Betrag einziehen wollte. Die Ehefrau des Schuldners macht nun geltend, daß ihre Anschlußpfändung nicht verspätet sei, da sie erst im Dezember 1900 von der Pfändung Kenntnis erhalten habe.

Der Gläubiger Kunzmann hielt die Anschlußerklärung der Frau des Schuldners für verspätet und erhob beim Bezirksgericht Zürich Beschwerde mit dem Antrag, die Anschlußpfändung als ungültig zu erklären.

Das Bezirksgericht hat die Beschwerde abgewiesen, mit der Begründung, es sei die Erörterung der Frage, ob die Anschlußerklärung der Ehefrau rechtsgültig sei, bedeutungslos, weil ein Pfändungsobjekt überall nicht mehr existiere.

Gegen diesen Beschluß des Bezirksgerichtes rekurrierte Kunzmann und das Obergericht hieß den Rekurs gut, mit folgender Begründung:

1. Das Bezirksgericht hat mit Recht die Einwendung des Rekurrenten, daß die Ehefrau sich einer „Nachpfändung“ überhaupt nicht mehr anschließen könne, als unbegründet verworfen; dagegen hat es mit Unrecht die Beschwerde als gegenstandslos bezeichnet, „weil überall kein Pfändungsobjekt vorhanden sei“. Wenn der Rekurrent eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Betreibungsbeamten erheben will, so ist für den Erfolg der Klage nicht ohne Bedeutung, ob die Anschlußerklärung der Ehefrau als gültig zu betrachten sei, oder nicht. Und wenn auch das erkennende Gericht wohl in der Lage ist, diese Frage vollständig zu prüfen, so kann die Aufsichtsbehörde das Eintreten auf die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage doch nicht ablehnen, denn die Aufsichtsbehörden haben über das Betreibungsverfahren zu wachen, und ihnen liegt in erster Linie ob, allfällig im Betreibungsverfahren sich ergebende Konflikte zu lösen.

2. Die Frage an sich, ob die Ehefrau des Schuldners Schweppe berechtigt gewesen sei, am 4. Januar 1901 noch die Anschlußpfändung zu verlangen, muß verneint werden.

Die Teilnahmefrist des Art. 110 Sch.- u. K.-G. ist eine gesetzlich fest normierte, eine absolute, die weder durch Dispositionen der Beteiligten noch der Behörden verändert werden kann. Jeder, der während der 30-tägigen Teilnahmefrist das Pfändungsbegehren stellt, nimmt an der erstvollzogenen Pfändung teil, auch wenn er von der bereits erfolgten Pfändung gar keine Kenntnis hatte; aber auch nur diejenigen Gläubiger nehmen Teil, welche innerhalb der 30 Tage die Pfändung verlangen. Kein Gläubiger kann die Erstreckung der Teilnahmefrist oder Restitution gegen den Ablauf derselben verlangen, mit der Begründung, er habe von der Pfändung keine Kenntnis gehabt, weil eben auf diese Kenntnis gar nichts ankommt.

Nichts anderes kann gelten bezüglich des Teilnahmerechtes der Ehefrau; es unterscheidet sich nur in zwei Punkten von demjenigen jedes andern Gläubigers. Der Art. 111 Sch.- u. K.-G. giebt einerseits der Ehefrau das Vorrecht, den Anschluß auch ohne vorgehende Betreibung zu erklären; anderseits wird den Kantonen das Recht eingeräumt, die Teilnahmefrist der Ehefrau um 10 Tage — nicht etwa beliebig — zu verlängern. Weitere Vorrechte bezüglich des Anschlußrechtes kennt das Bundesgesetz nicht. Namentlich findet sich nirgends eine Bestimmung, daß der Ehefrau die Teilnahmefrist nicht ablaufe, oder daß sie Restitution gegen den Ablauf verlangen dürfe, wenn sie von der Pfändung keine Kenntnis gehabt habe, und es ist daher ganz bedeutungslos, ob ihr der Betreibungsbeamte vom Vollzug der Pfändung Kenntnis gegeben habe oder nicht. Wenn das zürcher. Einführungsgesetz eine Pflicht des Betreibungsbeamten statuiert, der Ehefrau vom Vollzug der Pfändung Kenntnis zu geben, so kann das nur Bedeutung haben für die Verantwortlichktit des Beamten, niemals aber kann aus dieser Anzeigeqflicht ein Privileg für die Ehefrau abgeleitet werden, das das B.-G. weder selber kennt noch der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten hat.

Demgemäß ist in Gutheißung der Beschwerde die Anschlußerklärung der Ehefrau des Schuldners Schweppe, die erst am 4. Januar 1901 erfolgte, während die Pfändung am 7. April 1900 stattfand, als verspätet und nicht mehr zulässig zu erklären. (Schweppe c. Kunzmann, 4. April 1901.)

VII. Lohnpfändung.

Art. 93 Sch.- u. K.-G. Inwieweit sind Aftermietzinse pfändbar?

K. betrieb die Frau B. für Fr. 105. 25 Cts. Diese hatte ein Zimmer für 28 Fr. per Monat vermietet. Auf das Begehren des Gläubigers um Pfändung des Ertrages dieser Aftermiete trat das Betreibungsamt nicht ein unter Verweisung auf Art. 93 Sch.- u. K.-G. Eine hiegegen erhobene Beschwerde wurde von der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde als teilweise begründet erklärt und das Betreibungsamt angewiesen, von der durch den Aftermieter der Beschwerdeführerin zu leistenden Entschädigung monatlich 20 Fr. einzupfänden.

Gründe:

Es handelt sich um die Frage, ob das Betreffnis aus der Aftermiete ganz oder teilweise pfändbar sei. Während die frühere Praxis, sich auf einen Entscheid des Bundesrates vom Jahr 1894 (Archiv III Nr. 57) stützend, dahin gieng, es seien Guthaben eines Kost- u. Logisgebers gegenüber dem Kost- und Schlafgänger keine Lohnguthaben und daher unbeschränkt pfändbar, neigt die gegenwärtige Praxis des Bundesgerichtes dahin, es sei unter Lohn jeder Betrag zu verstehen, der sich im wesentlichen als Entgelt für geleistete eigene Arbeit darstelle (Komm. Jäger zu Art. 93 Note 1). Mit Recht macht nun die erste Instanz geltend, daß das Vermieten eines Zimmers an sich persönliche Dienstleistungen in sich schließe, daß aber das Äquivalent hiefür nicht dem ganzen Ertrag des Mietzinses entspreche, daß vielmehr ein Ansatz von 8 Fr. für die effektiven Dienstleistungen per Monat genügen dürfte. (4. Juni 1901.)

VIII. Kompetenzstücke.

Art. 92 Ziff. 3 Sch.- u. K.- G. Berufsutensilien eines Gemüse-Markthändlers.

Bei G. Sch. wurden ein größerer vierrädriger Handbruggwagen und eine grosse Dezimalwage mit Gewicht gepfändet. Der

Schuldner beanspruchte diese Sachen als Kompetenzstücke.

Die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde hob auf seine Beschwerde die Pfändung mit Bezug auf die Dezimalwage auf, da dieselbe zur Ausübung des von ihm betriebenen Handels mit Kartoffeln notwendig sei. Die zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde dehnte dies auf den Handbruggwagen aus.

Gründe:

Durch ein Zeugnis des städtischen Marktaufsehers ist bescheinigt, daß der Schuldner seit 1897 einen Handel mit Kartoffeln, Obst und Gemüse selbständig betreibt und Abonnent eines Verkaufsplatzes an der Usteristrasse ist. Die tägliche Beobachtung zeigt, daß zur Ausübung eines derartigen Berufes ein Handbruggwagen, sei es zum Transport der Ware, sei es zur Verwendung als Verkaufsstand, unbedingt notwendig ist, um den Kunden einen größern Vorrat und eine größere Auswahl von Ware vorlegen und damit konkurrenzfähig bleiben zu können.

(15. Mai 1901.)

IX. Konkurseröffnung.

Art. 53 Sch.- u. K.-G. betr. Fortsetzung der Betreibung am bisherigen Ort, bei Wohnsitzänderung des Schuldners, ist auch anwendbar auf die Konkurseröffnung.

Durch Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. April 1901 wurde auf Begehren der Frau E. in Burg und gestützt auf die am 25. März 1901 ergangene Konkursandrohung über R. Zumsteg, bis 2. Mai in Zürich I und früher in Zürich II wohnhaft, der Konkurs eröffnet und das Konkursamt Zürich (Altstadt, Kr. I) mit dem Vollzuge beauftragt. Das letztere ersuchte den Konkursrichter, unter Hinweis darauf, daß der Schuldner nun in Zürich II (Enge) wohne, er möge dem Konkursamt Enge den Vollzug des Konkursdekretes übertragen. Der Konkursrichter beharrte aber auf seiner Verfügung, indem er sich auf Art. 53 Sch.- u. K.-G. und darauf berief, daß die Konkursandrohung schon am 25. März ausgestellt worden sei, d. h. zur Zeit, als der Schuldner noch in Zürich I gewohnt habe.

Das Konkursamt Zürich beschwerte sich hierüber. Art. 53 Sch.- u. K.-G. finde hier keine Anwendung, denn mit der Zustellung der Konkursandrohung habe der Betreibungsbeamte seine Funktionen beendet. Nehme der Schuldner nach diesem Zeitpunkt einen neuen Wohnsitz, so sei für die Durchführung des Konkurses das Konkursamt des letztern und nicht dasjenige des alten Wohnsitzes zuständig. Die vom Konkursrichter vertretene Auffassung stehe im Widerspruch mit dem Sinn und Geist des Schulbetreibungsgesetzes und würde auch die größten Unzuträglichkeiten zur Folge haben, wenn der Schuldner nach der Konkursandrohung unter Mitnahme seiner Aktiven seinen Wohnsitz in einen andern Kanton verlege, was innert der langen Frist, die dem Gläubiger zur Stellung des Konkursbegehrens eingeräumt sei, wohl geschehen könne.

Die zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde wies die vom Konkursamt Zürich hiegegen ergriffene Beschwerde ab.

Gründe:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes; Art. 17 Sch.- u. K.-G. räumt aber nur ein Beschwerderecht ein gegen Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter. Die angefochtene Verfügung konnte zwar von den Parteien mit dem Rechtsmittel des Rekurses angefochten werden (§ 68 Einf. Ges.); dagegen ist das Konkursamt zu einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde nicht legitimiert. (Jäger Kommentar z. Sch.- u. K.-G., Art. 17, Anm. 2).

2. Die Beschwerde ist aber auch sachlich unbegründet und die Auffassung, daß Art. 53 Sch.- u. K.-G. auf das Konkursverfahren keine Anwendung finde, eine rechtsirrtümliche. Unter dem Ausdruck „Betreibung" versteht das Gesetz nicht nur, wie der Beschwerdeführer meint, die Betreibung auf Pfändung, sondern auch die Konkursbetreibung. Da die Stadt Zürich in mehrere Konkurskreise eingeteilt ist, muß unter Wohnsitz der Verwaltungskreis verstanden werden, in dem der Schuldner seinen Wohnsitz hatte; und örtlich zuständig ist bloß das Konkursamt desjenigen Konkurskreises, zu dem der betreffende Verwaltungskreis gehört. Die Fortsetzung der Betreibung besteht eben im Konkursverfahren. (Jäger, Komm. Art. 221 Anm. 2.) Die Unzuträglichkeiten, die sich daraus ergeben können, daß der Schuldner seinen Wohnsitz nicht im Konkurskreis hat, beseitigt das Gesetz dadurch, das es die Schuldbetreibungs- und Konkursbeamten zur gegenseitigen Rechtshülfe verpflichtet.

(15. Mai 1901.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. September 1901. XX. Band. No. 16.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteile des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Schadenersatz aus Delikt, b) Vindikation veraberwandelter Wertpapiere. II. Urteile des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Differenzeinwand, b) Wechselrecht, c) Prozessrecht. III. Urteil der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. Erbrecht und Adoption.

Schweizerisches Bundesgericht.

I. Schadenersatz aus Delikt.

Ersatz des Schadens, den ein Tier verursacht hat. Exkulpationsbeweis des Geschäftsherrn und Eigentümers des Tieres. Kausalzusammenhang zwischen Schadenszufügung und Verschulden. (Art. 50, 62 und 65 Obl.-R.)

Der Beklagte Metzgermeister Zingg in Zürich ließ am 17. Februar 1899 durch seinen Fahrknecht Brändle, der bei ihm seit November 1897 im Dienste stand, auf einem einspännigen Brückenwagen Fleisch nach dem Schützenhof an der Schützengasse in Zürich führen. Hier angekommen, begab sich Brändle mit dem Fleischkorb in das Haus hinein und ließ das Pferd unangegebunden vor dem Hause stehen. Während sich Brändle im Hause befand, brannte das Pferd aus einer unaufgeklärten Ursache mit dem Wagen durch, rannte über die Bahnhofbrücke nach dem an der Stampfenbachstraße gelegenen Stalle hin, und überfuhr im Momente, als es in diese Straße einbog, die 47jährige Klägerin, welche eben von der Brücke herkommend beim Hotel Central das Trottoir verlassen hatte, um in den Hirschengraben einzubiegen. Die Klägerin erlitt verschiedene Verletzungen: eine Rißwunde am Hinterhauptbein und heftige Kontusionen am linken Unterschenkel, so daß sie laut Angabe des behandelnden Arztes etwa 6 Wochen lang beständig das Bett hüten mußte. Im Oktober 1899 machte sie gegen Zingg und Brändle beim Friedensrichteramt Zürich Klage anhängig, indem sie die Rechtsfrage aufstellte: „Sind die Beklagten schuldig, unter Solidarhaft der Klägerin 2500 Fr. nebst Zinsen á 5 % seit 1. April 1899 zu bezahlen?" Das Bezirksgericht Zürich und die Appellationskammer des Obergerichtes haben die Klage im Betrage von Fr. 1470. — nebst Zins á 5% seit 1. April 1899 geschützt.

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid bestätigt.

Gründe:

1. Es handelt sich bei der vorliegenden Klage um Ersatz des Schadens, den ein Tier angerichtet hat. Nach eidg. Obligationenrecht kann für einen solchen Schaden haftbar gemacht werden sowohl derjenige, welcher das Tier hält (gestützt auf Art. 65 Obl.-R.) als derjenige, der das Tier zu führen bezw. zu überwachen hatte und diese Pflicht schuldhaft verletzte (gestützt auf Art. 50 Obl.-R);

außerdem kann, sofern die Voraussetzungen der Art. 61 oder 62 Obl.-R. zutreffen, die in diesen Bestimmungen geregelte Haftbarkeit des Familienhauptes oder des Geschäftsherrn begründet sein auf Grund des Art. 65 Obl.-R.; nun macht die Klägerin zunächst den Beklagten Zingg als den Halter des Pferdes für den von ihr erlittenen Schaden haftbar. Es ist unbestritten, daß das Pferd zur Zeit der Schädigung sich nicht nur im Eigentum Zinggs befand, sondern auch in seinem Geschäftsbetriebe verwendet wurde, so daß kein Zweifel besteht, daß Zingg es war, der das Pferd „hielt"; Zingg haftet daher gemäß Art. 65 Obl.-R. für den Schaden, den dasselbe anrichtete, sofern er nicht bewiesen hat, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe. Dieser Beweis ist weder geleistet, noch in genügender Weise anerboten worden. Der Beklagte Zingg hat allerdings Beweis dafür anerboten, daß sein Angestellter Brändle, der mit dem Fuhrwerk zu fahren hatte, ein durchaus zuverlässiger, praktischer und immer nüchterner Knecht sei, der das Fahren verstehe, und daß das Pferd während zehn Jahren zu diesem Dienst verwendet worden, ganz vertraut, fromm, nicht scheu und nicht bösartig sei; er hat auch Beweis dafür angetragen, daß man dieses Pferd während der zehn Jahre immer ohne Aufsicht auf der Straße habe stehen lassen, und daß es üblich sei, Fuhrwerke, wie das in Frage stehende, frei stehen zu lassen; in solchen Fällen werde nie eine Polizeibuße verhängt; Gewichtsteine zum Anbinden des Pferdes werden nur verwendet, wenn der Fahrknecht lange im Wirtshaus sitze, was bei Brändle nicht der Fall gewesen sei; auch sei nicht üblich, daß man dem Knecht einen zweiten Mann mitgebe. Er bestritt sodann die Behauptung der Klägerin, daß dem Brändle keine Instruktionen gegeben worden seien; ebenso bestritt er, daß er es an der erforderlichen Sorgfalt habe fehlen lassen, um den Schaden zu verhüten; es treffe ihn keine culpa in eligendo, der Knecht sei musterhaft gewesen. Nun steht thatsächlich fest, daß der Knecht Brändle, als er sich in das Haus zum Schützenhof begeben, das Fuhrwerk ohne Aufsicht, und ohne das Pferd anzubinden, ja sogar, ohne die Zügel zurückzubinden, oder die Spannvorrichtung anzuziehen, auf der Straße hat stehen lassen; und dies alles, trotzdem die allg. städtische Polizeiverordnung (Art. 53) vorschreibt, bespannte Fuhrwerke dürfen nicht ohne Aufsicht oder nur unter Beobachtung aller zu Gebote stehenden Vorsichtsmaßregeln (Anziehen der Spannvorrichtung, Zurückbinden der Zügel, Anbinden der Zugtiere etc.) auf der Straße oder auf öffentlichen Plätzen stehen gelassen werden. Es besteht also kein Zweifel (und ist auch in der Berufungsschrift ausdrücklich anerkannt worden), daß das Pferd, als es sich von seinem Standorte an der Schützengasse entfernte, ohne genügende Aufsicht gelassen war, und daß auch die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln, um ein Fortlaufen des Pferdes zu verhüten, wie Anziehen der Spannvorrichtung, Zurückbinden der Zügel u. s. w., nicht angewendet worden sind. Da derjenige, welcher ein Tier hält, für den von diesem angerichteten Schaden haftet, sofern er nicht beweist, daß der Schaden entstanden sei, trotzdem er seinerseits alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe, konnte sich der Beklagte Zingg somit von seiner Haftbarkeit nur befreien, wenn er den Beweis dafür anerbot und leistete, daß er seinerseits alles Erforderliche gethan habe, damit die den Umständen entsprechenden, und vor allem die polizeilich vorgeschriebenen Maßregeln beobachtet werden, und daß also der Knecht Brändle, indem er diese Maßregeln außer Acht ließ, seinen Anweisungen entgegengehandelt habe. Die erste Instanz hat daher mit Recht ausgeführt, daß es für die Verteidigung des Beklagten Zingg nicht damit gethan war, im allgemeinen den Beweis für die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Knechtes und die Gutartigkeit des Pferdes anzubieten, und im übrigen zu bestreiten, daß er es an der erforderlichen Sorgfalt habe fehlen lassen; sondern es wäre Sache des Beklagten gewesen, darzuthun, daß bei der Sorgfalt, die er bei der Überlassung der Obhut des Pferdes an den Knecht Brändle angewandt habe, nicht vorauszusehen gewesen sei, daß dieser Knecht in der Beaufsichtigung desselben und der Handhabung

des Fuhrwerks überhaupt so nachlässig verfahren werde, wie es hier thatsächlich geschehen ist. Seine Sache war es, die, nicht etwa schon von vorneherein unhaltbare, Annahme zu widerlegen, daß die dem Knecht zur Last fallende Nachlässigkeit mit einem Mangel an der nötigen Beaufsichtigung des Geschäftsherrn, oder mit einer mangelhaften Instruktion im Zusammenhang stehe. Er durfte daher in diesem Punkte sich nicht einfach auf Bestreitungen verlegen, sondern hätte, um den ihm obliegenden Entlastungsbeweis zu erbringen, selbständige Angaben machen müssen, aus denen sich ergeben hätte, daß er in der fraglichen Beziehung wirklich alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe. An solchen Angaben fehlt es aber in casu; insbesondere hat sich der Beklagte Zingg vollständig darüber ausgeschwiegen, welche Instruktionen er dem Knecht erteilt habe, und seine Behauptung in der Klagebeantwortung, es sei üblich, Fuhrwerke, wie das in Frage stehende, frei stehen zu lassen, und Gewichtsteine zum Anbinden des Zugtieres in derartigen Fällen nicht zu verwenden, läßt eher darauf schließen, daß der Beklagte Zingg dem Knecht Brändle die Anwendung der erforderlichen, auch in der Polizeiverordnung vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln nicht anbedungen, und sich darum auch wohl nicht bekümmert habe. Daß der Beklagte sich zu seiner Entlastung nicht auf die von ihm behauptete Übung berufen kann, hat bereits die erste Instanz zutreffend unter Hinweisung auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung (Amtl. Slg. d. bundesg. Entsch. Bd. XVII, S. 640; XIX, S. 323, E. 4 u. S. 993, E. 1; XXII, S. 1186 E. 3) ausgeführt.

2. Während somit der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten Zingg grundsätzlich dadurch als begründet erscheint, daß der Schaden durch ein vom Beklagten gehaltenes Tier angerichtet worden, und vom Beklagten der Beweis dafür, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung desselben angewendet habe, nicht erbracht worden ist, setzt dagegen die Schadenersatzklage gegen den Beklagten Brändle den von der Klägerin zu erbringenden Beweis eines mit der Schadenszufügung kausalen Verschuldens voraus. Dieser Beweis ist aber erbracht. Es muß ohne Frage ein Verschulden des Brändle darin erblickt werden, daß er das Fuhrwerk ohne Anwendung auch der einfachsten Sicherheitsmaßregeln, wie das Anziehen der Spannvorrichtung, auf einer belebten Straße frei und ohne Aufsicht stehen ließ; in der von beiden Beklagten gemeinsam eingelegten Berufungsschrift ist dies denn auch ausdrücklich anerkannt und zugegeben, daß das Pferd nicht davon gelaufen wäre, „wenn der Knecht nur die gewöhnlichsten Vorsichtsmaßregeln beobachtet, z. B. die Spannvorrichtung angezogen, oder die Zügel des Pferdes zurückgebunden hätte“. Für das Verschulden des Knechtes Brändle haftet als dessen Geschäftsherr nach Art. 62 Obl.-R. auch der Beklagte Zingg, vorbehältlich des in diesem Artikel gestatteten Entlastungsbeweises. Es braucht jedoch hierauf nicht weiter eingetreten zu werden, da der Beklagte Zingg für den von der Klägerin erlittenen Schaden schon nach Maßgabe von Art. 65 Obl.-R. haftet und diese Haftbarkeit ebenso weit reicht, als diejenige aus Art. 62.

3. Wie vor den kantonalen Instanzen, haben die Beklagten auch in der bundesgerichtlichen Instanz behauptet, die Klägerin habe den Unfall selbst verschuldet, da sie auf das von der Bahnhofbrücke daherkommende Fuhrwerk nicht gehörig acht gegeben habe. Allein nach den thatsächlichen Feststellungen der kantonalen Gerichte ist diese Behauptung unbegründet. Um ihren Weg zu verfolgen, mußte die Klägerin den Platz vor dem Hôtel Central kreuzen, und war daher genötigt, hier das Trottoir zu verlassen. Nun stellen die Vorinstanzen fest, daß diese Gegend, wo der Unfall passierte, von Fuhrwerken und Passanten sehr frequentiert ist, und daß laut polizeilicher Vorschrift an solchen Orten, namentlich an Straßenecken, nur im Schritt gefahren werden dürfe. Die Klägerin durfte sich deshalb darauf verlassen, daß kein Fuhrwerk in scharfem Trabe, wie dies hier geschah, um die Ecke in die Stampfenbachstraße einbiege, unter allen Umständen aber durfte sie darüber beruhigt sein, daß sie nötigenfalls auf das Herannahen ei-

nes Fuhrwerkes durch Zuruf des Wagenführers aufmerksam gemacht werde. Der Beweis für ein Verschulden der Klägerin ist also nicht erbracht, und deshalb weder ein Grund, die Beklagten von ihrer Ersatzpflicht zu entbinden, noch dieselbe zu ermäßigen, vorhanden.

(22. März 1901. Kunz c. Brändle u. Zingg.)

II. Vindikation veraberwandelter Wertpapiere.

Obl.-R. Art. 205, 206. Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sachen. Art. 206 Obl.-R. hat alle Fälle unfreiwilligen Besitzverlustes, aber nur diese im Auge. Wenn der Eigentümer sich des Gewahrsams seiner Sache nicht entäußert hat, so liegt in deren Aneignung durch einen Dritten ein Bruch seines Gewahrsams (Diebstahl) auch dann, wenn dem Dritten ebenfalls Gewahrsam eingeräumt war.

M. Küng, der seit 1874 im Exportgeschäft des Klägers Th. Fierz angestellt war, seit 1887 die Prokura besaß und speziell die Geschäftskasse unter sich hatte, übergab 1897 der beklagten aargauischen Bank als Sicherheit für einen ihm schon früher eröffneten Kredit 35 Inhaberobligationen der Stadt Zürich zu je Fr. 1000. In der Folge stellte sich heraus, daß K. diese Obligationen, wie eine große Anzahl anderer Papiere, aus dem Kassaschrank seines Prinzipals entwendet hatte, in welchem die Titel in folgender Weise verwahrt gewesen waren:

Der Kläger hatte mit der Zeit Werttitel in bedeutendem Betrage in dem unteren Teil seines Kassaschranks versorgt, welcher in dem dem K. zugewiesenen Zimmer der Geschäftsräumlichkeiten stand, und in seinem obern Teile die eigentliche Geschäftskasse enthielt. Der untere und der obere Teil hatten jeder seinen besonderen Verschluß; der Schlüssel des untern Teils lag in der Kasse selbst, d. h. im obern Teil, für welch' letzteren sowohl der Kläger als K. einen (selbständig öffnenden) Schlüssel besaß. Nach der eigenen Darstellung des Klägers Fierz hatte K. den Einzug der Coupons der im untern Teil versorgten Werttitel zu besorgen. Dagegen bestreitet der Kläger die von der Beklagten aufgestellte Behauptung, daß K. auch ermächtigt gewesen sei, die Titel für das Geschäft zu lombardieren. Umgekehrt bestreitet die Beklagte die Behauptung des Klägers, daß der Kläger außer dem im obern Teil des Kassaschrankes liegenden noch einen besonderen Schlüssel für das untere Fach, in dem sich die Werttitel befanden, besessen habe. In seiner Zeugeneinvernahme im Strafprozeß gab der Kläger zu, daß er während der ganzen Zeit, da K. die Kasse führte, bloß ein einziges Mal eine Kassaprobe gemacht, und daß er auch während einer längeren Reise, die er vom Mai 1893 bis Mai 1894 ausführte, niemand bezeichnet habe, der für ihn den K. zu kontrollieren gehabt hätte.

Nachdem am 20. Juni 1900 K. von der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes des fortgesetzten einfachen Diebstahls schuldig erklärt worden war, erhob Fierz beim aargauischen Handelsgerichte gegen die Beklagte Klage auf unbeschwerte Herausgabe der ihr von K. zu Unrecht verpfändeten 35 Stück Obligationen. Er stützte sich auf das gegen K. ergangene Strafurteil, durch welches festgestellt sei, daß ihm die Titel von K. gestohlen worden seien. Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Sie vertrat den Standpunkt, daß sich das Verbrechen des K. nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung qualifiziere, so daß im vorliegenden Falle weder Art. 207 noch Art. 206 Obl. R. zutreffe, und daher eine Vindikation ausgeschlossen sei.

Das Handelsgericht hat die Klage abgewiesen, das Bundesgericht dagegen hat dieselbe gutgeheißen.

In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst ausgeführt, daß nach der Sachlage ohne weiteres anzunehmen sei, die beklagte Bank habe sich beim Erwerbe der Titel in gutem Glauben befunden, so daß sie gegenüber der klägerischen Vindikation Anspruch auf Anerkennung ihres Faustpfandrechtes habe, sofern nicht die Titel dem Kläger als ihrem Eigentümer gestohlen worden oder verloren gegangen seien. Hiefür sei die vom Strafrichter der That des

K. gegebene Qualifikation nicht maßgebend. Der Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sachen im Sinne des Art. 206 Obl. R. sei in einem von den kantonalen Strafgesetzbüchern unabhängigen für die ganze Schweiz einheitlichen Sinne festzustellen und zwar habe Art. 206 Obl. R. seiner historischen Bedeutung entsprechend, wenn er von gestohlenen oder verlorenen Sachen spreche, im Gegensatz zum anvertrauten Gute, alle Fälle unfreiwilligen Besitzverlustes, aber nur diese im Auge. — Im weitern sodann wird bemerkt:

Entscheidend für die Zulässigkeit der Vindikation ist demnach, ob der Eigentümer seinen Gewahrsam freiwillig aufgegeben habe, und diese Frage beantwortet sich nicht ohne weiteres darnach, ob im Momente der Entwendung Gewahrsam des Thäters angenommen werden müsse, vielmehr kommt es darauf an, ob der Thäter den ausschließlichen Gewahrsam gehabt bezw. ob der Eigentümer ihm den Gewahrsam an der betreffenden Sache mit dem Willen und in der Weise übertragen habe, daß er damit den eigenen Gewahrsam daran verlor. Denn solange der Gewahrsam des Eigentümers als fortdauernd betrachtet werden muß, liegt in der eigenmächtigen Aneignung der Sache durch den Dritten, auch wenn diesem ebenfalls ein Gewahrsam daran zustand, immer ein Bruch jenes Gewahrsams des Eigentümers. In solchen Fällen kann somit dem sein Eigentum behauptenden Vindikationskläger nicht entgegen gehalten werden, er habe seinen Gewahrsam an der vindizierten Sache freiwillig aufgegeben und müsse deshalb seinen Glauben suchen, wo er ihn gelassen, da er eben diesen Gewahrsam nicht mit seinem Willen, sondern nur durch die Eigenmacht des Dritten verlor. In diesem Sinne unterscheidet denn auch die Strafrechtswissenschaft zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Nicht als Unterschlagung sondern als Diebstahl wird es z. B. betrachtet, wenn ein Dienstbote Sachen der Dienstherrschaft, ein Handlungsgehülfe oder Lehrling Sachen des Kaufherrn, die er in Händen hat, sich rechtswidrig aneignet, sofern die Sache sich auch noch im Gewahrsam der Dienstherrschaft u. s. w. befindet. Ebenso begeht der Geschäftskassierer, der sich aus der Geschäftskasse, an welcher neben ihm der Prinzipal den Gewahrsam besitzt, Beiträge aneignet, strafrechtlich einen Diebstahl, und nur, wenn ihm die Kasse zu ausschließlicher Verwaltung anvertraut ist, kann bei ihm von Unterschlagung gesprochen werden (vergl. Hugo Meyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, § 172, II, B; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 125, III).

Es geht also zu weit, den Begriff des anvertrauten Gutes als Gegensatz zum gestohlenen und verlorenen im Sinne des Art. 206 so aufzufassen, daß es einzig darauf ankomme, ob die Entwendung unter Mißbrauch eines Vertrauensverhältnisses stattgefunden habe oder nicht, sondern es ist für die gedachte Unterscheidung bestimmend, ob die Sache mit dem Willen des Eigentümers aus dessen Gewahrsam in den fremden Gewahrsam gelangt, der Gewahrsam des Eigentümers also von diesem freiwillig aufgegeben worden sei. Anvertraute Sachen sind diejenigen, welche jemand (der Eigentümer) freiwillig, mit der Verpflichtung zu späterer Rückgabe in den Gewahrsam eines andern übergeben hat (s. Hafner, Komm. z. Obl.-R., Art. 206 Anm. 2).

Die Frage, von der die Entscheidung über das streitige Faustpfandrecht der Beklagten abhängt, ist somit nicht so zu stellen, ob der Kläger dem Verpfänder K. in Hinsicht auf die Verwaltung der Titel sein Vertrauen geschenkt habe, sondern so, ob der Kläger ihm daran den Gewahrsam unter Aufgabe des eigenen Gewahrsams eingeräumt habe, ob sich also die Titel zur Zeit der Entwendung noch im Gewahrsam des Klägers befunden haben oder nicht. Diese Frage kann nicht im Sinne der Vorinstanz beantwortet werden. Die Titel befanden sich in dem Kassaschrank des Klägers, der in dessen Geschäftsräumlichkeiten stand, und die Geschäftskasse enthielt. Als Kassier des klägerischen Geschäfts hatte K. Zutritt zu diesem Kassaschrank, und war insbesondere auch in der Lage, das die Wertschriften enthaltende Fach zu öffnen, indem der Schlüssel zu diesem in der Geschäftskasse, dem obern Teil des Kassaschrankes,

lag, wozu er den Schlüssel hatte. Allein es steht aktengemäß fest, daß auch der Kläger einen Schlüssel, jedenfalls denjenigen, der diesen obern Teil öffnete, für sich behielt, und demnach jeden Augenblick über den Kassaschrank und dessen Inhalt verfügen konnte. Der Kläger hat also dem K. jedenfalls nicht den ausschließlichen Gewahrsam an dem Kassaschrank und damit an den darin befindlichen Titeln übertragen, sondern denselben in seiner Verfügungsgewalt behalten, sich somit seines eigenen Gewahrsams nicht entäussert. Unter der, von der Beklagten behaupteten, Voraussetzung, daß zu dem Wertschriftenfach bloß ein Schlüssel existiert habe, welcher sich in der Geschäftskasse befand, war dem K. allerdings die Möglichkeit gegeben, den Zutritt des Prinzipals zu jenem Fache, wenigstens für den Moment, dadurch zu hindern, daß er den fraglichen Schlüssel der Geschäftskasse entnahm und zu sich steckte. Wenn man indessen auch annehmen wollte, daß der Kläger in diesem Falle den Gewahrsam an den Titeln verloren hätte, so ist doch klar, daß alsdann der Verlust des Gewahrsams nicht mit, sondern wider seinen Willen würde stattgefunden haben. Dieser Fall würde sich in Beziehung auf die hier zu entscheidende Frage nicht anders verhalten, als wenn der Schlüssel zu dem Wertschriftenfach, statt in der Kasse, an einem anderen Orte der Geschäftsräumlichkeiten verwahrt worden wäre, zu dem K. Zutritt gehabt hätte. Da nämlich der Kläger selbst zur Geschäftskasse für sich einen Schlüssel behielt und somit den Gewahrsam an derselben und den darin befindlichen Gegenständen nicht aufgegeben hatte, befand sich auch der dorthin gelegte Schlüssel zum Wertschriftenfach in seinem Gewahrsam; er würde also, wenn K. sich diesen Schlüssel einseitig angeeignet hätte, seinen Gewahrsam daran wider seinen Willen verloren haben. Die ausschließliche Herrschaft, die sich K. dadurch über die Wertschriften beigemessen hätte, würde demselben nicht vom Kläger anvertraut worden sein; die Verwendung der Titel im eigenen Interesse würde auch in diesem Falle einen Bruch des Gewahrsams des Klägers in sich geschlossen, und sich somit als Diebstahl dargestellt haben. Wenn schließlich die Vorinstanz mit der Beklagten darauf abgestellt hat, daß der Kläger von seinem Gewahrsam thatsächlich so viel wie keinen Gebrauch gemacht, den K. beinahe ohne Kontrolle habe schalten und walten lassen, so kann hierauf deshalb kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil der Gewahrsam des Klägers eben durch dessen bloßen Willen, seine Sachen zu behalten und nach Belieben darüber verfügen zu können, verbunden mit der thatsächlichen Möglichkeit, dies zu thun, fortdauerte, so daß also dessen Erhaltung von einer Kontrollthätigkeit nicht abhängig war.

(20. April 1901 i. S. Fierz c. Aargauische Bank.)

(Nr. 2 aus Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd. 19 Nr. 52.)

Handelsgericht Zürich.

I. Differenzeinwand.

Der Nachweis, daß bei einem Börsengeschäft der eine Teil die Erfüllung durch effektiven Bezug resp. effektive Lieferung der Ware gar nicht beabsichtigt habe, genügt nicht zur Begründung der Differenzeinrede. Art. 512 Obl. R.

Die klägerische Firma Garsault und Cie. in Hâvre vermittelte für den Beklagten N. N. in den Jahren 1899 und 1900 an der Börse in Hâvre eine Reihe von Spekulationsgeschäften in Indigo, Baumwolle und Pfeffer. Sie ist am Platze Zürich durch einen Agenten, F. Äbly, vertreten. Diese Geschäfte wurden in der Weise abgeschlossen, daß die Klägerin jeweils die Ausführung der ihr durch Äbly vermittelten Einkaufs- oder Verkaufsordre dem Beklagten durch ein gedrucktes Formular folgenden Inhaltes zur Kenntnis brachte: „Nous avons l'avantage de vous informer que, suivant vos instructions, nous avons exécuté votre ordre de ..... aux termes et conditions du Règlement de la Caisse de Liquidation du Hâvre, l' entremise de cet établissement

restant facultative .....". Der Empfang dieser Mitteilungen war auf einem Formular zu bescheinigen, dessen wesentlicher Inhalt entsprechend lautete: „Nous accusons réception de votre lettre du ..... et notons que vous avez exécuté notre ordre de ..... aux termes et conditions du Règlement etc.....". Thatsache ist, daß der Beklagte weder die gekauften Waren je effektiv bezog, noch die verkauften lieferte, sondern stets vor Verfall der einzelnen Positionen entsprechende Deckungsgeschäfte vornehmen ließ. Über die derart resultierenden Differenzen stellte die Klägerin Spezialabrechnungen, in welchen die beiden zusammen gehörenden Operationen separat figurierten und Zinse, Kommission und Courtage berechnet wurden.

Unterm 20. Juli 1900 sandte die Klägerin dem Beklagten einen Ko. Ko. Auszug per Ende Juni, der mit einem Saldo von Fr. 16. 75 Cts. zu Gunsten des Letzeren abschloß. Gleichzeitig wurde aber dem Beklagten bemerkt, er schulde für Margen, welche die Klägerin für ihn geleistet habe, ca. 16,000 Fr., wofür um Deckung ersucht werde. Der Beklagte kam dieser Aufforderung teilweise nach, indem er am 31. Juli ein Accept von 6000 Fr. per 15 Oktober ausstellte, das er indessen bei Verfall nicht einlöste. Die Klägerin leitete für diesen Betrag die Wechselbetreibung ein, wogegen dem Beklagten indessen der Rechtsvorschlag bewilligt wurde. Im übrigen hat die Klägerin ihren Verkehr mit dem Beklagten per 23. Oktober 1900 mit einem Saldo von Fr. 24,991. 25 Cts. zu seinen Lasten abgeschlossen. Diese Schuld ist in der Hauptsache aus sieben Geschäften entstanden, welche im August und September liquidiert wurden, und sämtlich ein für den Beklagten ungünstiges Resultat hatten.

Der Beklagte bestreitet seine Zahlungspflicht, weil sämtliche Abschlüsse den Charakter des Spiels an sich getragen haben; anderseits fordert er widerklagsweise einige Baarbeträge und Accepte zurück, da dieselben lediglich als Sicherheiten für seine Spielschulden geleistet worden seien.

Der klägerische Anwalt brachte hiegegen vor: Die vom Beklagten erhobene Einrede des Spiels sei dem französischen Rechte unbekannt und daher schon aus diesem formellen Grunde zu verwerfen. Sie sei aber auch materiell unbegründet, da alles darauf hinweise, daß bei Abschluß der einzelnen Kontrakte die effektive Lieferung der verkauften resp. der Bezug der gekauften Waren zum mindesten nicht habe ausgeschlossen werden wollen. Wichtig sei insbesondere, daß sowohl die Erteilung der einzelnen Aufträge als auch deren Ausführung stets unter dem speziellen Hinweis auf das Reglement der „Caisse de Liquidation" erfolgt seien, welches jedem Kontrahenten das Recht der effektiven Lieferung gewährleiste. Daß nicht lediglich Kursdifferenzen den Gegenstand der Operationen des Beklagten gebildet haben, erhelle weiter daraus, daß dieser, um der Real- Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entgehen, stets vor deren Verfall Auftrag zu den entsprechenden Gegenoperationen habe erteilen müssen.

Der Anwalt des Beklagten führte aus: Der Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Beklagten sei Zürich, was zur Folge habe, daß schweizeriches Recht bei der Beurteilung derselben zur Anwendung zu kommen habe. Die Begründetheit der Differenzeinrede ergebe sich aus einer Reihe von Umständen. So sei dem Vertreter der Klägerin gut genug bekannt gewesen, daß der Beklagte sich nicht mit dem Warenhandel abgebe und nur über äußerst beschränkte Mittel verfüge. Die Beträge, um welche es sich speziell bei den streitigen Abschlüssen gehandelt, haben in gar keinem Verhältnis zu den Mitteln des Beklagten gestanden. Weiter folge der Mangel des Lieferungs- resp. Bezugswillens der Parteien aus den unsinnigen Quantitäten, um welche speziell beim Pfeffer gehandelt worden sei. Der klägerische Agent habe auch nicht angestanden, dem Beklagten wiederholt zu erklären, es handle sich bei den einzelnen Geschäftsabschlüssen nur um die Kursdifferenz.

Mit Unrecht leite die Klägerin aus dem Abschluß von Deckungsgeschäften her, daß eigentliche Lieferungsabschlüsse vorgelegen haben. Ebensowenig könne der Inhalt des von der Klägerin angerufenen Reglementes gegen den Beklagten ausgespielt werden, da ihm ein solches nie gezeigt und noch weniger übergeben worden sei.

Das Gericht erklärte die Einrede des Beklagten für unbegründet und hieß die Hauptklage gut, während die Widerklage abgewiesen wurde.

Gründe:

1. Der Beklagte setzt der Klage in erster Linie die Einrede des Spiels entgegen, wogegen die Klägerin hinwiederum geltend macht, das Geschäftsverhältnis der Parteien unterliege dem französischen Recht und dieses kenne die vom Beklagten erhobene Einrede nicht. Dieser Einwurf der Klägerin ist in der That insofern begründet, als die Verpflichtungen des Beklagten als Kommitenten gegenüber der Klägerin als Kommissionärin nach demjenigen Recht zu beurteilen sind, das am Orte der letztern gilt (v. Bar, Internat. Privatrecht, II. S. 108 betr. Mandat.) Zum nämlichen Resultate gelangt man, wenn man annimmt, das ursprüngliche Kommissionsverhältnis sei durch Selbsteintritt des Kommissionärs zum Kaufvertrag geworden, da alsdann für die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises Hâvre der Erfüllungsort ist, und daher auch das dortige Recht angewendet werden muß. Da nun nach dem französischen Gesetz vom 28. März 1885 die Einrede des Spiels, wenn auch nicht absolut ausgeschlossen, so doch auf denjenigen Fall beschränkt ist, wo die Parteien die effektive Lieferung schriftlich ausgeschlossen haben (Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial 2me éd. Bd. III. S. 130 ff.) so ist, da eine solche Vereinbarung nicht vorliegt, außer Zweifel, daß die Klage nach franz. Recht ohne weiteres prinzipiell gutzuheißen wäre.

2. Indessen hat das Bundesgericht wiederholt erklärt, daß der Art. 512 Obl. R. öffentlich-rechtlicher Natur und deshalb von den schweizerischen Gerichten auch dann zur Anwendung zu bringen sei, wenn das streitige Rechtsverhältnis an sich nach ausländischem Recht zu beurteilen wäre. (Schneider, Note 10 zu Art. 512.) Offenbar geht das Bundesgericht dabei davon aus, daß Geschäfte, auf welche die Voraussetzungen des Art. 512 zutreffen, aus Gründen der Moral nicht zu schützen seien. In diesem Fall könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob derjenige, welcher die Spielaufträge eines andern ausführt, weniger moralisch handle als derjenige, welcher zwar die Gewinne aus solchen Operationen bezieht, aber bei eintretenden Verlusten die Verbindlichkeit seiner Aufträge bestreitet. Indessen braucht auf die Erörterung dieses Punktes hier deshalb nicht näher eingetreten zu werden, weil die Klage auch dann zu schützen ist, wenn man die prinzipielle Anwendbarkeit von Art. 512 zugiebt.

3. Nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis trägt ein Termingeschäft dann den Charakter des Spiels, wenn nach der übereinstimmenden, ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht zu wirklicher Abnahme und Lieferung der gekauften Waren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist. (H.-E. XIX. S. 83 Erw. 2.) Daß diese Voraussetzung im konkreten Falle zutreffe, hat natürlich der die Einrede geltend machende Beklagte nachzuweisen.

Ohne große Bedeutung ist nun zunächst, daß effektive Lieferungen resp. Bezüge thatsächlich nie erfolgt sind, da zum mindesten hieraus allein der Schluß noch nicht gezogen werden kann, daß die durch Vermittlung der Klägerin abgeschlossenen Käufe resp. Verkäufe nicht ernst gemeint, d. h. simuliert waren. Eine Erledigung des Geschäfts durch Abschluss eines entsprechenden Deckungsgeschäftes und Kompensation am Stichtage ist beim wirklichen Termingeschäfte etwas durchaus Übliches. Es kann dem Beklagten auch ohne weiteres zugegeben werden, daß er eine Erfüllung der abgeschlossenen Käufe oder Verkäufe durch effektiven Bezug bezw. effektive Lieferung der Ware gar nicht beabsichtigt habe. Das genügt aber, wie in der Judikatur feststeht, noch keineswegs zur Annahme eines reinen Differenzgeschäftes, da dadurch Recht und Pflicht der Naturalerfüllung nicht ausgeschlossen werden. Übrigens fällt hier ins Gewicht, daß in einem Fall, wo der Beklagte offenbar mit der Vornahme der Deckungsoperation länger als gewöhnlich zuwartete, der Klägerin bereits die Filière, d. h. der

zum Bezug der gekauften Ware dienende Lagerschein, präsentiert worden ist.

4. Gegen die Begründetheit der Einrede des Spiels ist nun mit Recht auf den Inhalt des Reglement der Caisse de liquidation in Hâvre verwiesen worden, das als Bestandteil der einzelnen Abschlüsse zu gelten habe und festsetze, daß alle bei jener Kasse eingeschriebenen Kontrakte effektive Lieferung resp. Abnahme der Ware zur Folge haben sollen. Es steht zwar nicht fest, ob dem Beklagten die Bestimmungen dieses Reglements wirklich bekannt gewesen seien; aus der bloßen Thatsache, daß die gedruckten Formulare, auf denen dem Beklagten die Ausführung seiner Ordres angezeigt wurde und diejenigen, auf denen er den Empfang dieser Mitteilungen bescheinigte, auf jenes Reglement verwiesen, kann jener Schluß noch nicht gezogen werden. Indessen würde die Nichtkenntnis des Inhaltes jenes Reglements allein noch nicht hindern, daß der Beklagte dasselbe gleichwohl als Vertragsinterpretationsmittel anerkannt haben könnte und sodann wird es einem Zweifel kaum unterliegen, daß zum mindesten die Klägerin das Reglement auf ihre mit dem Beklagten abgeschlossenen Verträge angewendet wissen wollte, somit auf jeden Fall nicht beide Parteien die effektive Lieferung der Vertragsobjekte geradezu ausschließen wollten. Dies genügt aber, um die Einrede des Spiels als unbegründet erscheinen zu lassen, zumal da die sonst noch vom Beklagten angeführten Momente nicht etwa die Annahme zu begründen vermögen, die Klägerin habe lediglich den Schein reeller Kaufabschlüsse erwecken wollen.

5. In dieser Richtung hat der Beklagte speziell vorgebracht, es sei der Klägerin, resp. deren Vertreter bekannt gewesen, daß er mit den Spekulationsobjekten nicht Handel treibe. Dies ist allerdings richtig; indessen folgt hieraus wieder nur, daß der Beklagte offenbar nicht beabsichtigte, aus eigenem Lager zu liefern oder auf solches zu beziehen, nicht aber, daß der Vertrag sich direkt auf die Kursdifferenz am Stichtage richtete. Denn die Absicht, bloß die Differenz zu erhalten oder zu bezahlen, ließ sich auch bei einem durchaus ernst gemeinten Termingeschäft verwirklichen (vgl. Temmes Korreferat in den Verhandlungen des schw. Juristenvereins vom Jahre 1893, Zeitschr. für schw. Recht Bd. XII N. F. pag. 694). Aus dem gleichen Grunde erscheint der weitere Einwand als unstichhaltig, daß die großen Quantitäten der gehandelten Waren gegen die Ernsthaftigkeit der Abschlüsse spreche. Und was sodann das Vorbringen des Beklagten anbetrifft, der Umfang seiner Operationen habe zu seinen prekären Vermögensumständen in keinem Verhältnis gestanden, so ist darauf deshalb nicht einzutreten, weil weder feststeht, daß die pekuniäre Position des Beklagten wirklich schwach gewesen sei, noch sich aus den Zeugenaussagen ergeben hat, daß die Klägerin davon Kenntnis gehabt habe. Im übrigen ist dem finanziellen Unvermögen des spekulierenden Kontrahenten kaum die Bedeutung eines für ein reines Differenzgeschäft sprechenden Momentes beizumessen. (Vgl. darüber Temme l. c. pag. 696 ff.). Es kann sich somit nur noch fragen, ob etwa durch das Beweisverfahren die Behauptung des Beklagten, wonach zwischen ihm und Äbly ausdrücklich vereinbart worden wäre, daß nur die Kursdifferenzen Gegenstand der abzuschließenden Verträge sein sollen, erhärtet worden sei. Das ist indessen nicht der Fall. Aus den Zeugenaussagen geht zwar hervor, daß zwischen dem klägerischen Vertreter Äbly und dem Beklagten von bloßen Differenzen die Rede gewesen ist. Allein das kann nicht als genügend erscheinen, um zu der Annahme zu gelangen, daß die Parteien wirklich ein Differenzgeschäft im juristisch-technischen Sinne im Auge gehabt haben. Denn vom rein wirtschaftlichen Standpunkt aus können auch Spekulationen, die sich als ernst gemeinte Termingeschäfte qualifizieren, mit der Bezeichnung „Differenzgeschäfte“ belegt werden. (Temme l. c. pag. 699).

6. Der Beklagte hat aber die Klageforderung nicht nur prinzipiell, sondern auch quantitativ angefochten und bestritten, daß die Deckungsgeschäfte von der Klägerin zu den von ihr aufgegebenen Kursen abgeschlossen worden seien. Hiegegen ist indessen zu bemerken, daß die Klägerin, da

sie dem Beklagten auf seine Ordres jeweils lediglich geantwortet hat, dieselben seien ausgeführt, formell als Selbstkontrahentin erscheint, worüber die Parteien übrigens durchaus einig sind. Dem Beklagten stünde es nun allerdings offen, darzuthun, daß er bezüglich der ihm als geltende Kurse genannten Preise getäuscht worden sei. Der Beweis hiefür, welcher natürlich dem Beklagten obliegen würde, ist indessen keineswegs in genügender Weise angetragen und überdies ist in der stillschweigenden Entgegennahme der bezüglichen Abrechnungen eine Anerkennung von deren Richtigkeit zu erblicken, die durch eine einfache Bestreitung nachträglich nicht mehr beseitigt werden kann.

7. Die Gutheißung der Hauptklage hat die Abweisung der Widerklage zur Folge, da, selbst wenn die deren Gegenstand bildenden Beträge nur als Kautionen übergeben worden sein sollten, doch deren Rückforderung in Anbetracht des weit größern fälligen Guthabens der Klägerin nicht mehr möglich ist. (7. Mai 1901.)

II. Wechselrecht.

Wirkung des Protesterlasses eines Wechselinhabers auf die Regreßpflicht der Nachmänner. Art. 763 Obl.-R.

Am 19. Dezember 1900 sandte der Beklagte, Schollenberger, der klägerischen Firma Fleischmann & Cie. zur Begleichung einer Rechnung ein Accept einer Witwe Sturny über Fr. 988. 10 Cts., fällig am 25. Januar a. c. und domiziliert bei der Banque populaire suisse in Freiburg. Dies Accept war von dem Beklagten als Aussteller an die Klägerin indossiert, wurde von dieser an die Schweiz. Kreditanstalt weiter begeben und kam nach Verfall unbezahlt zurück. Ein Protest war nicht erhoben worden und der Beklagte weigerte sich deshalb, seiner Regresspflicht nachzukommen. Mit Brief vom 6. Febr. bestritt die Klägerin die Begründetheit dieses Standpunktes, da der Wechsel den Vermerk „sans frais“ getragen, als sie ihn erhalten habe, und die Tratte rechtzeitig präsentiert worden sei. Die Bemerkung „sans frais“ findet sich in der That sogar zweimal auf der Rückseite des streitigen Wechsels vor, und zwar sowohl neben dem Indossament der Klägerin als auch neben dem der Kreditanstalt.

Gegen die seitens der Klägerin für den Wechselbetrag samt Retourspesen eingeleitete Betreibung erhob der Beklagte Rechtsvorschlag und wurde damit auch im Rechtsöffnungsverfahren geschützt, worauf die Klägerschaft ihren Regreßanspruch einklagte. Da sie die Vermutung äußerte, das neben ihrem Indossament stehende mittelst Stempel angebrachte „sans frais“ möchte von der Acceptantin dem Wechsel aufgedrückt worden sein, ließ das Gericht hierüber durch Vermittlung der Freiburger Behörden noch Erhebungen anstellen. Der als Zeuge einvernommene Prokurist der Witwe Sturny erklärte, er habe die fragliche Bemerkung auf dem Wechsel weder selbst angebracht, noch sei dies seitens der Firmainhaberin geschehen. Wohl aber habe er nach vorgenommener Acceptation den Trassanten gebeten, den Wechsel mit dieser Klausel in Cirkulation zu setzen. Der Beklagte erklärte, er könne sich nicht mit Sicherheit erinnern, ob die Zusendung des Acceptes seitens der Acceptantin von einer solchen Aufforderung begleitet gewesen sei, einen Protest nicht erheben zu lassen. Ebensowenig sei ihm erinnerlich, ob der „sans frais“-Stempel sich bereits auf dem Wechsel befunden habe, als dieser bei ihm eingegangen sei. Er selbst habe den Vermerk nicht angebracht.

Das Gericht hieß die Klage gut und verpflichtete demgemäß den Beklagten zur Bezahlung der Regreßsumme.

Gründe:

1. Zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung eines Wechsels statthaften Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten ist regelmäßig notwendig, daß sowohl die rechtzeitige Präsentation als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan werden. Nur wenn eine ausdrückliche Aufforderung vorliegt, den Protest nicht erheben zu lassen, darf von demselben abgesehen

werden. Art. 763, Obl.-R. Über die Wirkung eines solchen Protesterlasses, speziell darüber, ob durch denselben nicht nur der Erlassende selbst, sondern auch dessen Nachmänner trotz Unterlassung des Protestes dem Wechselregreß unterliegen, schweigt das Gesetz.

Gegen die Annahme einer so weitgehenden Wirkung der Protestklausel spricht indessen schon der Umstand, daß jeder Wechselnehmer ein selbständiges Recht aus dem Papiere hat, nicht bloß ein von seinem Vormanne abgeleitetes und die Doktrin ist daher überwiegend der Ansicht, daß jeder einzelne Indossant eines nicht protestierten Wechsels nur dann wechselmäßig hafte, wenn er selbst den Protest erlassen hat. (Grünhut, Wechselrecht Band II S. 404; Staub, Wechselordnung 2. Aufl. § 3 zu Art. 42.; Wächter, Encyklopädie des Wechselrechtes S. 775. Zweifelhaft Endemann, Handbuch Bd. IV 2 § 71 und Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. S. 323.)

2. In concreto ist nun zunächst überhaupt streitig, wer die neben dem klägerischen Indossament stehende Bemerkung „sans frais„ hingesetzt habe. Die Stellung derselben deutet zweifellos darauf hin, daß dies durch die Klägerin selbst geschehen sei; ihr liegt es daher ob, diese Vermutung zu entkräften, da ihr, falls dieselbe richtig wäre, aus dem nicht protestierten Wechsel ein wechselrechtlicher Regreß gegen ihren Vormann, den Beklagten, nicht zustünde. Dieser Gegenbeweis ist nun durch das Zeugnis der Angestellten der Klägerin in Verbindung mit dem Eintrag im Wechselscontro als erbracht anzusehen. Die genannten Zeugen erinnern sich bestimmt, jenen Stempelabdruck sofort beim Eingang des Wechsels auf demselben wahrgenommen zu haben. Unter diesen Umständen kann derselbe aber nur entweder vom Beklagten oder von der Acceptantin herrühren, wobei im erstern Fall feststeht, daß der Beklagte aus dem Mangel eines Protestes gegenüber seinem Nachmann keine Rechte herleiten kann.

3. Weniger einfach liegt dagegen die Sache dann, wenn anzunehmen ist, die Acceptantin habe die „sans frais“-Klausel dem Wechsel beigefügt. An sich ist eine solche Erklärung des Acceptanten nur dann von Bedeutung, wenn es sich um einen domizilierten Wechsel mit genanntem Domiziliaten handelt, (Grünhut, Wechselrecht II S. 403) weil ja in jedem andern Falle der Acceptant gegenüber dem Trassanten und dessen Nachmännern auch ohne Protesterhebung wechselmäßig haftet. In concreto handelt es sich in der That um einen solchen domizilierten Wechsel, so daß der Protesterlaß, wenn er von der Acceptantin stammt, auf jeden Fall ihr selbst entgegengehalten werden kann. Dagegen folgt aus den Ausführungen unter Erw. 1, daß diese Klausel der Acceptantin an sich ohne Einfluß auf die Rechte ihrer Nachmänner ist. Immerhin wird in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob sich nicht aus den Umständen ergebe, daß die Nachmänner durch ihr Verhalten den Willen bekundet haben, den Protesterlaß ihres Vormannes auch gegen sich gelten zu lassen. In dieser Richtung kann es sich zunächst, da die Erlaubnis, den Protest zu unterlassen, an eine Form nicht gebunden ist (Grünhut II, S. 402), fragen, ob eine solche schon in der bloßen Thatsache liege, daß der Nachmann den Wechsel indossiert und weiterbegiebt, ohne die von einem Vormann angebrachte Erlaßklausel zu streichen. Auf die Untersuchung dieser prinzipiellen Frage braucht indessen in concreto deshalb nicht weiter eingetreten zu werden, weil nach den speziellen Umständen an dem Willen des Beklagten, den streitigen Protesterlaß gegen sich gelten zu lassen, nicht gezweifelt werden kann. Geht man nämlich davon aus, die streitige „sans frais„-Klausel sei von der Acceptantin hingesetzt worden, so durfte die Klägerin offenbar aus dem Umstande, daß der Beklagte sein Indossament darüber setzte, den Schluß ziehen, er sei mit dem Protesterlaß einverstanden und lasse ihn auch für sich gelten, gerade wie der Nachmann der Klägerin bezüglich der letztern das Gleiche daraus folgern durfte, daß diese ihr Indossament neben das „sans frais“ schrieb. Kann der Beklagte demnach der Klägerin den Mangel des Protestes auch dann nicht entgegenhalten, wenn derselbe als von der Acceptantin herrührend anzusehen ist, so mag füglich weiter

ununtersucht bleiben, wer in Wahrheit die streitige Bemerkung angebracht habe. (17. Mai 1901. Fleischmann c. Schollenberger.)

III. Prozessrecht.

Die Aberkennungsklage, welche verspätet eingeleitet wurde, kann vom Gericht unter Umständen als negative Feststellungsklage über den Bestand der der Betreibung zu Grunde liegenden Forderung an Hand behalten werden. (Art. 83 Schuldbetr. u. K.-Ges.)

Die Beklagten, Inhaber eines Ofengeschäftes, betrieben den Kläger, Besitzer eines Baugeschäftes, für eine Forderung aus Ofenlieferungen und erhielten hiefür am 12. Dez. 1900 provisorische Rechtsöffnung. Hiegegen leitete der Kläger am 27. Dezember beim Bezirksgericht Zürich die Aberkennungsklage ein. Entgegen der von den Beklagten erhobenen Inkompetenzeinrede erklärte sich das Bezirksgericht zur Behandlung des Streites zuständig. Die Appellationskammer des Obergerichtes, an welche die Beklagten rekurrierten, hob jedoch diesen Beschluß unterm 13. März auf, da der Streit in die Kompetenz des Handelsgerichtes falle. Der Kläger leitete hierauf am 13. April den Prozeß bei der letztern Instanz ein. Gegenüber dem Antrage der Beklagten, die Klage als verspätet von der Hand zu weisen, beschloß das Gericht, auf dieselbe als Aberkennungsklage nicht einzutreten, sie aber gemäß einem eventuellen Antrage des Beklagten als negative Feststellungsklage an Hand zu behalten.

Gründe:

Eine eigentliche Aberkennung der beklagtischerseits auf dem Exekutionswege geltend gemachten Forderung, d. h. also eine Annullierung des angehobenen Rechtstriebes ist nicht mehr zulässig. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Bundesgerichtes, daß die Aberkennungsklage überhaupt nicht die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung zum Zwecke haben könne, dem Gesetze entspreche (vgl. darüber Reichel, Komm. zu Art. 83 Sch.- u. K.-Ges.). Auch wenn man der gegenteiligen Auffassung beitreten will, kann von einer urteilsmäßigen Beseitigung der Rechtsöffnung im vorliegenden Falle nicht die Rede sein, weil die letztere in der That infolge Fristversäumnis aus einer provisorischen zu einer definitiven geworden ist. Die Aberkennungsklage muß nach der strikten Vorschrift des Gesetzes innerhalb 10 Tagen seit der Rechtsöffnung anhängig gemacht werden und diese Frist ist hier lange überwartet. Der Umstand, daß der Kläger schon vorher eine andere Aberkennungsklage — bei einem inkompetenten Gericht — erhoben hatte, vermag an der Nichteinhaltung der Frist nichts zu ändern (vgl. Jäger, Kommentar zu Art. 83 Sch.- u. K.-Ges., Anm. 11 i. f.) und ebensowenig kann eine Restitution gegen den Fristablauf in Frage kommen, da eine Wiederherstellung gegen Fristversäumnis in Betreibungssachen überhaupt nicht zulässig ist (vgl. Jäger, Kommentar zu Art. 33 Sch.- u. K.- Ges., Anm. 4). Dagegen steht nun nichts entgegen, die Klage in dem Sinne gutzuheißen, daß die Nichtexistenz der von den Beklagten geltend gemachten Forderung urteilsmäßig festgestellt wird. Der Umstand, daß die Rechtsöffnung eine definitive geworden ist, hindert den Kläger natürlich nicht, darüber, ob die Forderung bestehe oder nicht, den gerichtlichen Entscheid anzurufen, wenn eine derartige Klage (sog. negative Feststellungsklage) nach dem kantonalen Prozeßrecht als zulässig erscheint, denn eine materielle Rechtskraft kommt der Rechtsöffnungsverfügung ja nicht zu. Die Frage aber, ob das zürcherische Recht eine Feststellung der Nichtschuld vor Bezahlung derselben zulasse, ist mit Recht schon früher in der Praxis bejaht worden (vgl. Rechenschaftsbericht pro 1894 Nr. 313), da Feststellungsklagen auch nach zürch. Prozeßrecht nichts anderes als das rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen von ihm beantragten Feststellung voraussetzen und dieses Interesse hier unzweifelhaft gegeben ist. Es bleibt somit nur noch der Einwand der Beklagten, daß die Klage, als einfache negative Feststellungsklage des kantonalen Rechts aufgefaßt, deswegen nicht

gutgeheißen werden könne, weil es an der richtigen Art der Einleitung (Anhängigmachung beim Friedensrichter) fehle. Demgegenüber ist indessen darauf zu verweisen, daß Klagen beim Handelsgericht in dringlichen Fällen — und mit einem solchen hat man es hier zu thun — auch mit Umgehung des Friedensrichteramtes anhängig gemacht werden können.

(14. Juni 1901. Wachter c. Lincke).

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

Erbrecht. Adoption.

Adoption eines Ausländers durch einen im Auslande (Italien) niedergelassenen Zürcher. Kompetenz der hiesigen Gerichte, über die Familienverhältnisse des hiesigen Bürgers zu urteilen. Erfordernis der Genehmigung der Adoption seitens der Heimatstaaten des Adoptierenden und des „Adoptierten" zur Gültigkeit des Aktes. Verneinung des seitens des „Adoptierten" beanspruchten Intestaterbrechtes. Art. 28 Ziff. 2. des B.-G. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.

Ende Dezember 1898 starb in Bergamo, Italien, der Zürcher Bürger Albert Rathgeb; er hinterließ als nächste Blutsverwandte vier Geschwister, die heutigen Kläger, von denen ein Bruder wegen Geisteskrankheit, ein zweiter Bruder und eine Schwester wegen unbekannten Aufenthaltsortes durch die heimatlichen Vormundschaftsbehörden vertreten sind. Dieser zweite Bruder soll, wie der Beklagte behaupten läßt, in Chicago wohnen.

Der Erblasser A. R. wollte nun im Herbst 1898 den Beklagten Bassi adoptieren, er ging deshalb im November gl. J. mit demselben und dessen Mutter zum Präsidenten des Appellhofes in Brescia und erklärte daselbst, daß er ledig sei, keine gesetzmäßigen oder legitimierten Nachkommen noch Adoptivkinder habe und daß er den anwesenden Bassi an Kindesstatt annehmen wolle. Dieser selbst, sowie seine Mutter gaben zur Adoption ihre Zustimmung.

Der Präsident des italienischen Gerichtes setzte über die Erklärungen eine Urkunde auf, die überdies noch erklärte, daß der Vater des Beklagten gestorben sei, daß Urkunden die Richtigkeit der Angaben des Adoptierenden ergeben, daß derselbe über den Anzunehmenden nie die Vormundschaft ausgeübt habe, seit August 1882 in Bergamo wohne, und daß das heimatliche (schweizerische) Gesetz dem Adoptierenden die Adoption gestatte und daß sich derselbe in den vom genannten Gesetze vorgeschriebenen Verhältnissen, die die Fähigkeit, zu adoptieren bedingen, befinde.

Die Adoption wurde vom zuständigen Gerichte in Brescia wenige Tage nach dem Tode des A. Rathgeb, nachdem das bezügliche Gesuch noch im Nov. 1898 eingegangen war, bestätigt und publiziert.

Schon im Juni 1898 hatte Rathgeb ein eigenhändiges Testament errichtet und darin seinem „Schützling" G. Bassi sein in Bergamo gelegenes Haus nebst Mobiliar vermacht.

Die Kläger hoben nun gegen den Beklagten B. Klage über die Streitfrage, ob er das ausschließliche Recht der Kläger auf den Nachlaß des A. R. anerkennen müsse und ob er verpflichtet sei, den gesamten Nachlaß, eventuell einen Vierteil desselben an die Kläger herauszugeben.

Dieselben verneinen nämlich die Gültigkeit der Adoption, wie auch des Testamentes.

Das Bezirksgericht Zürich, IV. Abt., erkannte, daß dem Beklagten kein Intestaterbrecht am Nachlasse des verstorbenen Rathgeb zustehe.

Die Appellationskammer des Obergerichtes wies die vom Beklagten erklärte Berufung als unbegründet ab.

Gründe:

1. Die vom Beklagten erhobene Einrede, der zweite Kläger, Heinrich Emil Rathgeb, sei nicht gesetzmäßig vertreten, da sein Wohnort (Chicago) bekannt sei, ist mit der Vorinstanz zu verwerfen. So lange die Vormundschaftsbehörde nicht über den wirklichen und hinlänglich genau bezeichneten Wohnsitz des zweiten Klägers orientiert ist, hat sie alle Veranlassung, die Vormundschaft im Sinne des § 743 Pr. G.-B. fortdauern zu lassen. Dafür, daß Heinrich Emil Rathgeb

in Chicago wohne, liegt nichts vor als die Behauptung des Beklagten, die der klägerische Vertreter vor erster Instanz zwar nicht ausdrücklich, heute aber des bestimmten bestritten hat. Das Gericht hat keine Veranlassung, den Maßnahmen der Vormundschaftsbehörde zu widersprechen; vielmehr müßte zuerst von dieser die angeordnete Vormundschaft aufgehoben werden, bevor die Frage der gesetzmäßigen Vertretung jenes Klägers verneint werden könnte.

2. Der Beklagte anerkennt die Kompetenz der hiesigen Gerichte zur Behandlung der Streitfrage, ob und in welchem Umfange die Kläger Erben des verstorbenen Rathgeb seien, er giebt auch zu, daß seine Einrede, er sei als Adoptivsohn alleiniger Erbe, die Kompetenz zur Beurteilung der in der Weisung enthaltenen Rechtsfrage nicht ändere; dagegen bestreitet er den hiesigen Gerichten die Zuständigkeit zur Entscheidung der Frage, ob die von den italienischen Behörden ausgesprochene Adoption gültig sei oder nicht. Er verlangt, daß die Kläger veranlaßt werden, über diesen „präjudiziellen" Punkt vorerst die italienischen Gerichte endgültig entscheiden zu lassen und daß inzwischen der gegenwärtige Prozeß sistiert werde. Unhaltbar ist der Einwand der Kläger, daß der Beklagte deshalb, weil er materiell auf die Sache eingetreten sei, die Kompetenz anerkannt habe; denn der Beklagte bestreitet eben die Zuständigkeit nur mit Bezug auf einen Incidentpunkt und was er über diesen vorbrachte, sollte gerade zur Begründung der Inkompetenz-Einrede dienen. Vgl. im übrigen Sträulis Komm. z. Rechtspfl. Präjud. Nr. 6 zu § 332. Es ist daher zunächst dieser prozessuale Standpunkt des Beklagten zu prüfen. Zu diesem Zwecke ist in erster Linie festzustellen, daß nicht nur die Klage, sondern auch die durch das angefochtene Vorurteil erstinstanzlich entschiedene Einrede des Beklagten dem Gebiete des Erbrechtes und nicht demjenigen des Familienrechtes angehört, denn der Erbschaftsklage der Geschwister Rathgebs hält der Beklagte den erbrechtlichen Anspruch auf den gesamten Nachlaß des Erblassers Rathgeb einredeweise entgegen. Um diese Einrede entscheiden zu können, war die Vorinstanz gezwungen, die Erbenqualität des Beklagten zu untersuchen und hiebei hat sie selbstverständlich das Gebiet des Familienrechtes betreten müssen, da der Beklagte sein Erbrecht auf seine (künstlich geschaffene) Verwandtschaft mit dem Erblasser stützt. Es frägt sich nun, ob die hiesigen Gerichte vor diesem Gebiete Halt zu machen haben, weil der Status des Beklagten in Frage steht. In der Regel wird das Gericht, das nach Staatsvertrag und Civilprozeßordnung zur Behandlung eines Erbschaftsstreites kompetent ist, auch die thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der zu entscheidenden Erbansprüche zu beurteilen haben, denn die Feststellung eines einheitlichen Gerichtsstandes hat gewiß den Sinn, daß das zuständige Gericht alle Fragen erledige, welche in unlöslichem Zusammenhange mit der Hauptfrage stehen. Wenn vom Falle des Testaments und des Erbvertrages abgesehen wird, bildet ja im Erbschaftsstreit das familienrechtliche Verhältnis der Verwandtschaft stets die Grundlage, von welcher aus die zu behandelnden Ansprüche entschieden werden müssen und dieses Verwandtschaftsverhältnis ist vernünftigerweise als Incidentpunkt vom gleichen Gerichte zu entscheiden, das für die Hauptsache gilt. Was durch § 222 des zürch. Rechtspfl. Ges. für die sogen. Nebensachen gilt, muß noch vielmehr für Streitpunkte Geltung haben, ohne deren Beurteilung der Streit über die Hauptfrage gar nicht entschieden werden kann. Dagegen ist zuzugeben, daß es Ausnahmen von dieser Regel giebt; solche werden da anzunehmen sein, wo kraft positiver Gesetzesnorm für gewisse Rechtsverhältnisse ein exklusives Forum vorgeschrieben wird. So wäre wohl im interkantonalen Rechtsverkehr die Frage der Adoption stets nur durch die Gerichte der Heimat des Adoptierenden zu entscheiden, da Art. 8 des Bundesges. betr. die civilrechtl. Verhältn. der Niedergel. und Aufenthalter die heimatliche Gerichtsbarkeit als ausschließliches Forum für Statussachen aufstellt; die Gültigkeit der Adoption könnte danach wohl von einem andern als dem heimatlichen Gerichte auch nicht als Incidentpunkt behandelt werden. Allein nun fehlt eben der Nachweis dafür, daß das italienische

Recht für den internationalen Rechtsverkehr ein derartiges jede andere Gerichtsbarkeit ausschließendes Forum in Statussachen aufstelle. Weder das Civilgesetzbuch noch die Civilprozeßordnung Italiens noch auch der Italienisch-Schweiz. Niederlassungs- und Konsularvertrag verbieten einem fremden Gerichte die Kognition in Adoptionsstreitigkeiten. Da die Staatsangehörigkeit des Beklagten mit der Frage der Wahlkindschaft nicht zusammenhängt, diese letztere vielmehr rein privatrechtlicher Natur ist, so steht auch nicht etwa ein öffentlich-rechtliches Hindernis der hiesigen Kompetenz entgegen.

Wenn man aber auch Zweifel darüber haben könnte, ob die hiesigen Gerichte über den Status des Beklagten zu entscheiden befugt seien, so wird doch mit aller Bestimmtheit die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zu bejahen sein, wenn man berücksichtigt, daß die zu entscheidende Frage nicht allein den Status des Beklagten, sondern auch die Familie des Erblassers Rathgeb berührt. Es ist bei der Prüfung der materiellen Einrede des Beklagten zu untersuchen, ob der Erblasser Rathgeb durch das streitige Adoptionsverfahren in Italien ein väterliches Verhältnis zum Beklagten habe begründen können. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet rückt die Person und die Familie des Rathgeb in den Vordergrund, seine familienrechtlichen Verhältnisse sind es, welche bei der Behandlung der Gültigkeit der Adoption mit zu beurteilen sind. Da nun, wie nachher auszuführen sein wird, für diese Frage das italienische Recht selber die Anwendung des heimatlichen Gesetzes vorschreibt, so wäre für den Erblasser Rathgeb, wenn er selbst über die Adoption mit dem Beklagten Streit bekommen hätte, nach Art. 28 Abs. 2 des Bundesges. betr. die civilr. Verh. d. Niedergel. und Aufenthalter nicht nur das materielle zürcherische Recht, sondern auch der hiesige Gerichtsstand maßgebend gewesen. An der Stelle Rathgebs treten heute seine nächsten Blutsverwandten auf und deshalb erscheint es allerdings fraglich, ob diese sich für die Gerichtszuständigkeit ohne weiteres auf die angeführte Bestimmung des Bundesgesetzes berufen können, denn das letztere spricht hier (im Gegensatz z. B. von Art. 8) vom Gerichtsstande und nicht von der Gerichtsbarkeit. Allein davon kann gewiß keine Rede sein, daß es den zürcherischen Gerichten verboten sei, über die Familienverhältnisse eines Zürchers zu urteilen, so lange nicht internationalrechtliche Bestimmungen ihre Zuständigkeit ausschließen, was zur Zeit nicht der Fall ist.

3. Materiell ist das erstinstanzliche Urteil ebenfalls zu bestätigen. Der Erblasser Rathgeb, der als Zürcher in Bergamo mit dem Beklagten ein Familienband durch das Mittel der Adoption knüpfen wollte, unterstand hinsichtlich des materiellen Rechtes zweifellos dem zürcherischen Rechte, denn das italienische Recht schreibt für Status- und Familiensachen selber die Anwendung des heimatlichen Gesetzes vor (Art. 6 der Präliminarbestimmungen des italien. Civilgesetzbuches) und dazu kommt die positive Bestimmung des Art. 28 Ziff. 2 des Bundesges. betr. die civilr. Verh. der Niedergel. u. Aufenthalter, nach welcher Rathgeb kraft schweizerichen Bundesrechtes ebenfalls dem Rechte seines Heimatkantons unterworfen war. Der Beklagte giebt denn auch ausdrücklich zu, daß für die materiellen Voraussetzungen der Adoption die Vorschriften des zürch. Privatrechtes beobachtet werden mußten. Er behauptet, das sei geschehen, indem der Appellhof von Brescia, der die Adoption als vollzogen erklärte, bei der ihm gemäß Art. 215 des italien. Civilgesetzbuches zugewiesenen Prüfung auch die Voraussetzungen des zürcherichen Adoptionsrechtes behandelt habe. Die materiellen Voraussetzungen der §§ 714 ff. des zürch. Priv.- G.-B. seien jenem Gerichtshofe nachgewiesen worden. Das Adoptionsverfahren aber sei nicht materieller, sondern formeller Natur und deshalb gelte hier der Satz: locus regit actum, gerade wie er auch im Gebiete des Eheschließungsrechtes zur Anwendung komme. Das Adoptionsverfahren sei also als die „äußeren Formen“ (forme estrinseche) zu betrachten und für diese sei nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 9 der Präliminarbestimmungen das Gesetz des Ortes, an welchem sie vorgenommen werden, d. h. also das italienische Recht maßgebend. Danach komme Art. 28 Ziff. 2 des Bundesges. betr. die ci-

vilrechtl. Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter nicht zur Anwendung, sondern das italienische Recht sei hier zwingender Natur. Diese Auffassung des Adoptionsverfahrens kann indessen nicht als richtig anerkannt werden. Das zürch. Recht behandelt, gleichwie das italienische, die Adoption nicht als einen Vertrag, der durch die bloße übereinstimmende Willenserklärung der Adoptionsparteien perfekt würde, sondern es macht die Gültigkeit des Adoptionsgeschäftes von der staatlichen Genehmigung abhängig. Diese Genehmigung, der eine materielle Prüfung vorausgeht, kann nicht als eine bloße Form betrachtet werden, sondern ist gewiß eine materielle Voraussetzung der Gültigkeit der Adoption. Der Staat, dem der Adoptierende angehört, interessiert sich um das Wohl der Familie des Adoptivvaters und vindiziert sich deshalb das Recht, die Annahme an Kindesstatt zu genehmigen oder zu verweigern; ein Recht auf die Genehmigung steht den Adoptionsparteien weder nach zürch. noch nach italienischem Rechte zu. Die Genehmigung ist deshalb richtigerweise als ein Akt der Staatsgewalt zu bezeichnen und daraus folgt, daß ohne ausdrückliche (durch Gesetz oder Staatsvertrag begründete) Delegation der eine Staat die Ausübung des Genehmigungsrechtes nicht dem andern überlassen wird. Mit Recht nimmt die herrschende Theorie des internationalen Privatrechtes an, daß in der Regel sowohl das Personalstatut des Adoptierenden als auch dasjenige des zu Adoptierenden gewahrt sein müsse. Siehe v. Bar, Theorie u. Praxis des internat. Privatr. 2. Aufl I. Bd. Nr. 199, S. 547; H. Neumann, Internationales Privatrecht etc. Berlin 1896 S. 120; Weiß, Traité élémentaire de droit international privé, 2. Aufl., S. 565; P. Fiore, diritto internazionale privato, 3. Aufl. II. Bd. Nr. 758. Sobald nun das Personalstatut der einen oder andern der Adoptionsparteien eine staatliche Genehmigung vorschreibt, so ist die Adoption nur gültig, wenn die Genehmigung vom Heimatsstaate einer jeden Partei ausgesprochen wird und daraus ergiebt sich ohne weiteres, daß alsdann auch das entsprechende Verfahren in jenem Staate durchzuführen ist. Beschränkungen lassen sich im einzeln denken im Sinne der Ausführungen v. Bars a. a. O. S. 547 f.; im vorliegenden Falle aber hätte der Erblasser Rathgeb zur Begründung des künstlichen Verwandtschaftsverhältnisses jedenfalls die Genehmigung der zürch. Justizdirektion einholen müssen, da die Interessen der Familie eines Zürchers auf dem Spiele standen. Die herrschende Theorie des internationalen Privatrechtes steht mit dieser Auffassung im Einklang, siehe v. Bar, a. a. O. S. 549; Gierke, deutsches Privatrecht Bd. I S. 231 Anm. 60; Laurent, droit civil international, VI, Nr. 34; Duguit, les conflits de législations relatifs à la forme des actes civils, S. 99 f.; Buzzati, l'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili, S. 344 f. Ein ähnlicher Fall ist im gleichen Sinne in Frankreich entschieden worden, indem die von einem Franzosen in Belgien nach belgischem Rechte vorgenommene Adoption eines Belgiers für ungültig erklärt wurde; siehe Journal de droit international Bd. XI, S. 179 f. Da die streitige Adoption nur in Italien, nicht aber auch im Kanton Zürich staatlich genehmigt worden ist, fehlt ein materielles Erfordernis für die Gültigkeit der Annahme an Kindesstatt und deshalb ist dem Beklagten das Intestaterbrecht gegenüber dem Nachlasse Rathgebs abzusprechen. Übrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob das im vorliegenden Falle zu berücksichtigende materielle Erfordernis des § 717 des zürch. Priv.-G.-B. erfüllt worden sei; wenn der italien. Gerichtshof auch ein diskretionäres Genehmigungsrecht besitzt, so hat doch der Beklagte den Beweis dafür nicht erbracht, daß die Zweckmäßigkeit der Adoption in Italien geprüft worden sei. Die Requisite des Art. 215 § 2 u. 3 des italien. Civilgesetzbuches gehen nicht so weit, wie dasjenige des § 717 des zürch. Priv.-G.-B., denn eine Prüfung darüber, ob auch genügende Gründe in der Person und der Familie des Adoptierenden vorliegen, ist nach italienischem Rechte nicht vorgeschrieben. Es ist also wohl möglich, daß diese Prüfung stattgefunden hat, aber es ist weder behauptet noch viel weniger nachgewiesen worden, daß sie wirklich vorgenommen worden sei.

(30. Juni 1900 i. S. Bassi c. Erben Rathgeb. — U).

15. September 1901. XX. Band. No. 17.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — Verlag: **Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postanstalten** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Kauf einer Erfindung. II. Entscheid des schweiz. Bundesgerichtes betr. Mietzinsansprüche im Konkurs. III. Urteil des Kassationsgerichtes Zürich betr. Urteilsfällung. IV. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. Verjährung.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

25. April 1901.

Gesellschaft für Patentverwertung des Stahlhalters „Blitz" c. S. Steiner & Cie.

Kauf einer Erfindung.

Anfechtung des Vertrages durch den Käufer wegen angeblicher Täuschung (Art. 24 Obl.-R.), wegen wesentlichen Irrtums (Art. 19 Ziff. 4 Obl.-R.), nämlich eines solchen über den Wert der Erfindung. Wandelungsanspruch (Art. 249 Obl.-R.) wegen angeblichen Mangels der Erfindungsqualität; Widerklage auf Nichtigerklärung des abgetretenen Patentes.

C. B., Werkmeister der A.-G. für Fabrikation Reishauerscher Werkzeuge in Zürich, konstruierte im Jahre 1899 einen Drehstahlhalter, für den ihm auf seine Anmeldung vom 4. Dezember 1899 das schweizerische Patent No. 18,862 erteilt wurde. Der Schaft des Instrumentes ist im Winkel abgebogen (abgekröpft), der kurze Schenkel dient als Anschlagfläche; an demselben ist mittelst einer Mutter und durch Anpressung letzterer die Schlaufe befestigt, die den Drehstahl aufnehmen soll. Dieser Stahlhalter soll es laut dem Patentanspruch möglich machen, sowohl links als rechts als auch in der Mittelstellung, wie überhaupt in jeder wünschbaren Richtung, zu drehen. Dieses Patent und die Erfindung trat B. der „Gesellschaft zur Patentverwertung des Stahlhalters Blitz" ab, die sich zur Ausbeutung desselben am 15. Januar 1900 als Kollektivgesellschaft aus B., A., L. u. W. bildete. Dem letztern wurde die Direktion übertragen. In einem alsdann ausgegebenen Prospekt wurde der Stahlhalter „Blitz" als „der solideste, einfachste, billigste Drehstahlhalter der Welt" angepriesen, ausgeführt, daß damit erstmals das Problem gelöst sei, mit demselben Instrument rechts, links und in der Mittelstellung zu drehen, daß derselbe ferner auch für Bohrungen und Ausdrehungen verwendet werden könne, so daß dadurch geradezu umwälzende Vorteile und Ersparnisse hervorgerufen werden können etc. etc..

S. Steiner & Cie., deren Geschäftsgegenstand im „Vertrieb und Verwertung von Patenten" besteht, wurden anlässlich geschäftlicher Besuche in der Fabrik für Reishauersche Werkzeuge in Zürich auf diesen dort eingeführten Stahlhalter aufmerksam; und durch Korrespondenz vom 11. April 1900 kam zwischen ihnen und der Gesellschaft

für Patentverwertung des Stahlhalters „Blitz“ ein Vertrag zu stande, der am 24. gl. Monats ausgefertigt wurde, mit folgendem wesentlichen Inhalte:

1. „Die Gesellschaft Stahlhalter Blitz verkauft ihre Unternehmung, welche sich mit der Verwertung der Patente auf den Stahlhalter Blitz befaßt, an die Firma Steiner & Cie.“ 2. „Die Gesellschaft übergiebt an Steiner & Cie. das bereits erwirkte Schweizerpatent, sowie die Rechte auf die bereits zur Anmeldung gelangten Patente in Deutschland, Österreich und Ungarn und die für alle andern Länder bestehenden Rechte.“ Nach Ziff. 3 ff. hatte die Gesellschaft an Steiner & Cie. sämtliche eingegangenen Bestellungen, alle Bücher, Drucksachen, Prospekte und Korrespondenzen, insbesondere die mit Blau & Cie. in Wien betreffend Lizenzabgabe auszuhändigen und ihnen die bereits fabrizierten Stahlhalter „Blitz“ und vorhandenen Drehstähle gegen Zahlung eines vereinbarten Preises zu überlassen. Ziff. 6: „Die Firma Steiner & Cie. verpflichtet sich, durch drei Jahre hindurch, vom Tage des Vertragsabschlusses an gerechnet, zu einem jährlichen Konsum von mindestens 2000 Stück Stahlhaltern. Für dieses Garantiequantum von 2000 Stück bezahlt die Firma Steiner & Cie. eine Stückprämie von 4 Fr., für den Mehrkonsum eine solche von 2 Fr. jährlich.“ Von dieser Garantiesumme waren 2000 Fr. „am Tage des Vertragsabschlusses“ zahlbar und dann je 2000 Fr. in Accepten am 31. Juli, 31. Oktober und 31. Januar.

S. Steiner & Cie. traten die „Unternehmung“ sofort an. Das schweizerische Patent, die Prospekte, die gesamte Korrespondenz, sowie die vorhandenen Waren u. s. w. wurden ihnen übergeben und sie zahlten an die Gesellschaft „Blitz“ für die Materialien etc. Fr. 1826. 45 Cts. und im weitern die drei ersten Garantieraten von je 2000 Fr. am 24. April, 31. Juli und 31. Oktober 1900. Den für die 4. Rate von 2000 Fr. ausgestellten Wechsel von 2000 Fr. per 31. Januar 1901 lösten sie dagegen nicht ein.

Die Gesellschaft „Blitz“ klagte daher auf Zahlung dieses Wechsels, sowie auf Feststellung der Zahlungspflicht von S. Steiner & Cie. mit Bezug auf die restierenden Garantieraten. Die Beklagten bestritten dagegen diese Begehren und verlangten mittelst einer Widerklage Rückerstattung der den Klägern und Widerbeklagten geleisteten Zahlung von Fr. 7826. 45 Cts., sowie daß das schweizerische Patent Nr. 18,862 als nichtig erklärt werde.

Zur Begründung ihrer Begehren brachten die Beklagten und Widerkläger vor: Der Vertrag vom 11. resp. 24. April 1900 sei als ungültig zu erklären, — in erster Linie, weil sie von den Klägern und Widerbeklagten zu dessen Abschluß durch betrügerische Handlungen im Sinne des Art. 24 Obl.-R. verleitet worden seien. Die Klägerschaft, zunächst B. und dann A. haben im Sinne des Prospektes den Stahlhalter „Blitz“ als eine äußerst wertvolle neue Erfindung angepriesen, welche wegen ihres außerordentlichen Nutzeffektes epochemachend sein werde und eine Umwälzung im Gebiete der Metalldreherei hervorbringen werde, so daß das Garantiequantum schon in der Schweiz abgesetzt werden könne, während durch die überall angemeldeten Patente auch sonst ein außerordentlich reiches Absatzgebiet gesichert sei, so daß die Erfindung sehr bedeutende Gewinn-Chancen in sich trage; damit haben sie die Beklagten, die nicht Fachmänner seien, rechtswidrig getäuscht. Denn der Stahlhalter „Blitz“ sei ein absolut wertloses und unbrauchbares Werkzeug, wie jeder einigermaßen fachmännisch Gebildete habe sehen müssen, so daß schon die Vereinbarung eines so beträchtlichen Kaufpreises von Seite der Klägerschaft dolos gewesen sei. Ferner sei, wie die Beklagten freilich erst Ende 1900 erfahren haben, der Stahlhalter „Blitz“ gar nichts Neues, sondern lediglich eine schlechte Nachahmung des seit Jahren im Verkehre befindlichen Stahlhalters „Siller.“ Eine weitere Täuschung liege darin, daß die Beklagten den Klägern beim Vertragsabschlusse vorgespiegelt haben, es seien bereits glänzende, seriöse Offerten erster Firmen für den Stahlhalter „Blitz“ vorhanden, die einen enormen Gewinn sichern und jedes Risiko der Kläger ausschließe, — während thatsächlich solche Offerten gar nicht vorhanden gewesen seien, sondern nur einige Anfragen.

Eventuell sei der Vertrag ungültig, weil die Beklagten sich bei dessen Abschluß in einem wesentlichen Irrtum im Sinne des Art. 19, Ziff. 4 Obl.-R. befunden haben, indem sie sich eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange haben versprechen lassen, als es ihr Wille gewesen sei; während sie nämlich eine epochemachende Erfindung zu kaufen gemeint haben, sei ihnen nur ein unbrauchbares Werkzeug übergeben worden, das auf dem Markt nicht verwertbar sei.

Weiterhin haben sie ausgeführt, der Verkäufer eines Patentes hafte nicht bloß für die Rechtsgültigkeit des letztern, d. h. dafür, daß das Patentrecht ihm nicht durch einen Dritten entzogen werde, sondern auch dafür, daß das nach dem Patent angefertigte Fabrikat für den vorausgesetzten Gebrauch tauglich sei. Der Vertrag sei anfechtbar wegen Nichterfüllung der Vertragspflichten seitens der Kläger und Widerbeklagten (Art. 249 Obl.-R.), indem das abgetretene Patent ungültig sei. Dasselbe leide nämlich an Nichtigkeitsgründen, da es sich beim patentierten Gegenstand nicht um eine Erfindung, nämlich nicht eine neue schöpferische Idee, sondern nur um eine handwerksmäßige Benutzung schon bekannter technischer Elemente handle, und zwar um eine Nachahmung ähnlicher Werkzeuge, wie namentlich des „Siller", und es an einem neuen technischen Nutzeffekt und damit auch an der gewerblichen Verwertbarkeit fehle, so daß das Patent Nr. 18,862 gemäß dem zweiten Widerklagebegehren als nichtig zu erklären sei. Das vom Patentgesetz hiefür verlangte „rechtliche Interesse" sei durch die prozeßualische Situation der Widerkläger begründet, da die Nichtigkeitserklärung für diese die Voraussetzung zur Aufhebung des streitigen Vertrages bilde.

Die Kläger und Widerbeklagten haben dagegen Abweisung der Widerklage beantragt. Sie bestreiten, beim Abschluß des Vertrages den Beklagten und Widerklägern betrügerische Angaben gemacht oder überhaupt arglistig gehandelt zu haben. Die Beklagten und Widerkläger haben das Geschäft nicht verstanden und sich mit dem Vertrieb des Stahlhalters keine Mühe gegeben, vielmehr lediglich die Patente verkaufen wollen. Bei den Unterhandlungen sei allerdings auch von den vorhandenen Offerten gesprochen worden, die Beklagten haben in der That damals Verhandlungen mit ersten Firmen gehabt, nämlich mit Blau & Cie. in Wien, dem „Vulkan" daselbst und H. Hommel in Mainz. Die bezüglichen Korrespondenzen seien den Beklagten beim Vertragsabschlusse übergeben worden und dieselben haben nicht reklamiert, vielmehr die drei ersten Vertragsraten anstandslos bezahlt und sich hiedurch zufrieden gegeben, obwohl sie inzwischen den Stand der Sache gekannt haben müssen. — Irgendwelche Garantie für die Tauglichkeit des Patentgegenstandes haben sie nicht geleistet; immerhin handle es sich um einen durchaus brauchbaren Stahlhalter, im Sinne des Prospektes. Auch bei Ungültigkeit des schweizerischen Patentes könnte nicht der ganze Vertrag, sondern nur ein minimaler Teil desselben aufgehoben werden, da die ausländischen Patente und Patentrechte davon nicht berührt würden. (Solche sind seit dem Vertragsschlusse erteilt worden: in Ungarn, den Vereinigten Staaten von Nordamerika, England, ebenso in Belgien und Italien und in Frankreich; in Österreich ist die Erfindung zum Patent angemeldet, dieses aber noch nicht erteilt worden, in Rußland wurde am 4. April 1900 das Patent verweigert, da die Einrichtung dieses Stahlhalters keine wesentlichen Unterscheidungsmerkmale gegenüber den bereits in Gebrauch befindlichen aufweise.) Das Nichtigkeitsbegehren mit Bezug auf das schweizerische Patent sei aber schon wegen Mangels der Aktivlegitimation der Beklagten und Widerkläger abzuweisen; denn diese können unmöglich ihr eigenes Patent anfechten, bloß um im Prozeß eine Waffe zu haben. — Im übrigen sei das Patent auch nicht mit Nichtigkeitsgründen behaftet; der Patentgegenstand sei gewerblich verwertbar, neu, und bilde eine Erfindung. Es werde bestritten, daß der „Blitz" nur eine Nachahmung des „Siller" sei. Die Patentierbarkeit sei dadurch nachgewiesen, daß für den Stahlhalter „Blitz" in Deutschland ein Patent, Nr. 117,855 erteilt worden sei, obschon dort eine Vorprüfung, z. B. mit Bezug auf die Neuheit stattfinde.— Dieses Patent, das B. auf dessen Anmeldung vom 11. Januar 1900 am 20. Dezember 1900 er-

teilt wurde, bezieht sich auf einen Dreh- und Bohrstahlhalter, dadurch gekennzeichnet, daß ein Drehstahl mittelst einer Büchse (Schlaufe) sowohl an dem abgekröpften kürzern Schenkel als auch am Schaft befestigt werden kann, um an letzterer Stelle speziell als Bohrstahlhalter verwendet zu werden.

Ein vom Gericht beigezogener Experte hat erklärt: Die beiden Stahlhalter „Blitz" und „Siller" seien in der Konstruktion nicht wesentlich verschieden. Ein Unterschied bestehe nur darin, daß beim „Blitz" der Kopf (die Schlaufe, Büchse) nach allen Richtungen frei drehbar und durch bloßes Lösen und Anziehen der Mutter verstellbar sei, während beim „Siller" die Drehbarkeit nur nach Maßgabe der durch die Zapfen und entsprechenden Löcher angegebenen Distanzen vorhanden sei und dabei der Kopf jeweilen in die Zapfen und Vertiefungen eingestellt werden müsse. Indes müsse beim „Blitz" das Anziehen der Mutter sehr stark geschehen, wodurch diese außerordentlich leide und trotzdem sei das Resultat ein ungenügendes, indem der Drehstahl immerhin nicht fest genug sitze, auch vibriere er bei vertikaler Stellung ganz erheblich, so daß die Arbeit dann keine genaue werde. Der Stahlhalter „Blitz" sei daher zwar nicht gerade unbrauchbar, doch zeige er auch keine besonderen Vorteile im Vergleich zu anderen.— Die Durchbohrung am Schaftende gestatte aber auch die Verwendung des Stahlhalter „Blitz" zum Inwendigdrehen und Bohren, was im Vergleich zum „Siller" und allen andern dem Experten bisher bekannten Stahlhaltern einen entschiedenen Vorteil in sich schließe, ob dies aber überhaupt etwas Neues sei, sei dem Experten nicht bekannt.

Das Gericht hat den eingeklagten Kaufvertrag in allen Teilen geschützt und daher die Klage gutgeheißen, die Widerklage dagegen abgewiesen.

Gründe:

1. Der streitige, von den Parteien am 11. April 1900 abgeschlossene Vertrag ist vom Vertreter der Beklagten heute als Kauf erklärt worden und dieser Darstellung haben die Kläger sich stillschweigend angeschlossen. Soweit der Vertrag die Übertragung von Patentrechten zum Gegenstand hat, ist daher der Wille der Parteien als auf unbegrenzte Übertragung dieser Rechte selbst, ohne jede örtliche oder zeitliche oder überhaupt irgendwelche Beschränkung gerichtet, anzusehen, nicht bloß, wie beim Lizenzvertrag, auf eine Übertragung zur bloßen Ausübung des Rechts (Handelsr. Entsch. Bd. XVII, S. 233 Erw. 2).

Gegenstand des Kaufvertrages war nach Ziff. 1 desselben die ganze „Unternehmung" der Beklagten, also sämtliche Aktiven mit Inbegriff der angebahnten Geschäftsbeziehungen (Kundsame), insbesondere auch die Patente und Patentrechte auf den Stahlhalter „Blitz", die hiefür vorhandenen Bestellungen und Offerten, der Fabrikationsvertrag und endlich die abgetretenen körperlichen Sachen, wie namentlich Stahlhalter.

Die Klage geht nun auf Erfüllung der durch den Kaufvertrag für die Kläger als Käufer begründeten Pflichten, zunächst auf Zahlung der fälligen Raten des Kaufpreises und sodann auf Feststellung der Zahlungspflicht für die noch nicht fällig gewordenen; mit ihrer Widerklage verlangen die Beklagten dagegen Rückerstattung ihrer bisherigen aus dem Vertrag an die Kläger und Widerbeklagten gemachten Leistungen und speziell Nichtigerklärung des ihnen übergebenen schweizerischen Patentes für den Stahlhalter „Blitz". Das erstere Widerklagebegehren, sowie die Bestreitung der Klage, wird in erster Linie damit begründet, daß der streitige Vertrag infolge von Willensmängeln, die beim Abschluß desselben auf Seite der Beklagten und Widerkläger vorhanden gewesen seien, rechtsungültig sei. Diese Behauptung qualifiziert sich als eine Einrede (gegen die Kaufsklage), so daß die Beklagten und Widerkläger für die thatsächlichen Grundlagen derselben den Beweis zu erbringen haben.

2. Zunächst wird diese Einrede als solche des Betruges erhoben, mit der Behauptung, die Kläger haben im Sinne des Art. 24 Obl-R. die Beklagten und Widerkläger durch „betrügerische Handlungen" zum Vertragsabschlusse verleitet. Hierunter versteht das Gesetz eine arglistige, rechtswidrige Be-

einflussung des Willens des Mitkontrahenten, welche denselben zum Vertragsabschlusse veranlaßt (vgl. von Thur, Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. XVII S. 5 ff.)

Von den Klägern, bezw. ihrem Anteilhaber B. ist in dieser Hinsicht zugestanden, daß er den Beklagten ungefähr die im Prospekt genannten Angaben gemacht habe, wo der neue Stahlhalter „Blitz" als der solideste und einfachste der Welt erklärt wird, der umwälzende Vorteile und Ersparnisse hervorrufen könne. Die Einfachheit des Instrumentes ist in der That durch den Augenschein und die Expertise bestätigt worden und bildet an sich gewiß einen Vorzug desselben, auch die Solidität des Werkzeuges ist nicht bestritten. Der Hinweis auf die Absatzfähigkeit und die daherigen Vorteile enthält dagegen nicht die Angabe einer bestimmten Thatsache, sondern nur einen Schluß, der von den Beklagten kontrolliert werden konnte und daher nicht als eine Täuschung im Sinne des Gesetzes in Betracht fällt. Die Beklagten behaupten, die Erfindung sei ihnen überhaupt als außerordentlich wertvoll dargestellt worden, man habe ihnen vorgespiegelt, sie werde eine Umwälzung in der Metalldreherei hervorbringen. Dies hat nur zum Teil bewiesen werden können, in derartigen mehr oder weniger unbestimmten Eröffnungen über die finanziellen Aussichten eines abzuschließenden Geschäftes sind aber überhaupt nicht bestimmte thatsächliche Angaben zu erblicken, wie sie zu einer täuschenden Handlung im Sinne des Art. 24 Obl.-R. gehören (s. Handelsr. Entsch., Bd. XVIII, S. 67 Erw. 4 und die dortigen Präjudikate), sondern lediglich allgemeine, wenn auch übertriebene Anpreisungen, die von dem Beklagten eben hätten geprüft werden sollen, und sie zur Vertragsanfechtung nicht berechtigen (vgl. von Thur, a. a. O. S. 6, Schneider, Komm. z. Obl.-R., zu Art. 24, Nr. 5, Handelsr. Entsch., Bd. XVI, S. 62). Ebenso verhält es sich mit den namentlich von W. gemachten Angaben über die Absatzfähigkeit der neuen Erfindung und die angebliche Täuschung der Beklagten darüber, daß sie irgendein Risiko beim Vertrage nicht laufen, ihnen gegenteils ein sehr bedeutender Gewinn in Aussicht stehe. Die bezügliche schwunghafte Berechnung des W. in seinem Brief vom 7. Februar 1900 konnte von den Beklagten bei irgendwelchem Nachdenken doch unmöglich als bare Münze angenommen werden; auch hier fehlt es an der Angabe bestimmter, wissentlich falscher Thatsachen, als der Voraussetzung einer betrügerischen Handlung (s. Handelsr. Entsch. Bd. XVI S. 60, Erw. 1, Bd. XVII S. 234). Jeder Kaufmann weiß, daß die Einführung derartiger neuer Artikel stets mit erheblichem Risiko verbunden ist, ganz besonders aber da, wo es sich um eine angebliche neue Erfindung handelt, die sich erst bewähren soll. Die Beklagten können sich daher auch nicht darauf berufen, daß sie dabei ohne eigenes fachmännisches Urteil gewesen seien und geglaubt haben, auf dasjenige von B. und A. sich verlassen zu dürfen, vielmehr wäre es eventuell ihre Sache gewesen, den Wert der Erfindung zunächst durch Fachmänner prüfen zu lassen (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XIV, S. 215).

3. Als eine arglistige, auf Täuschung der Beklagten beim Vertragsabschluß berechnete Handlung könnte dagegen die damalige Versicherung der Klägerin in Frage kommen, daß mit Bezug auf die abzutretende Erfindung seriöse Offerten erster Firmen vorhanden seien, da es sich hiebei um eine positive Angabe handelt, die an sich nicht ungeeignet war, die Beklagten zum Vertragsabschlusse zu bewegen. Jene Zusicherung ist namentlich in den Briefen des klägerischen Direktors W. vom 7. Februar und 18. März 1900, ebenfalls recht schwunghaft, gegeben worden; das Beweisverfahren hat aber dargethan, daß in That und Wahrheit überhaupt keinerlei Offerten vorhanden waren, sondern lediglich die beim Vertragsabschlusse den Beklagten übergebene Anfrage von Blau & Cie vom 10. März 1900, über die Bedingungen, unter denen die Klägerin einen Lizenzvertrag abschließen würde. In Ziff. 3 des Vertrages war indes schon ausdrücklich auf die den Beklagten zu übergebenden „Korrespondenzen" mit Blau & Cie. hingewiesen worden; als die Beklagten sich dann aber mit diesen in Verbindung setzten, zeigte es sich, daß eine Offerte nicht vorhanden war. Gewiß wären nun die Beklagten, wenn

sie auf die genannte Zusicherung ein erhebliches Gewicht gelegt hätten, veranlaßt gewesen, von den Klägern die Übergabe wirklicher Offerten zu verlangen; dies ist aber nach ihrer eigenen Darstellung nicht geschehen, vielmehr haben sie bis zur Einleitung des heutigen Prozesses geschwiegen, und dies motivieren sie heute damit, daß sie zuerst die nötigen Erfahrungen über die Brauchbarkeit des Stahlhalters „Blitz" haben sammeln müssen. Dies Alles zeigt aber, daß sie thatsächlich beim Vertragsabschluß kein erhebliches Gewicht auf die ihnen gemachte Zusicherung über das Vorhandensein seriöser Offerten gelegt haben. können und daß somit jene Zusicherung für sie nicht, wie Art. 24 Obl.-R. voraussetzt, ein Motiv für den Vertragsabschluß war.

Was sodann den Einwand der Beklagten und Widerkläger anbetrifft, die Klägerin und Widerbeklagte hätte ihnen beim Vertragsabschluß das Vorhandensein zahlreicher Bestellungen zugesichert, so fehlt es hiefür an einem genügenden Beweis, im übrigen müßte auch hier gesagt werden, daß die Beklagten durch ihr Stillschweigen nach Empfang der ihnen versprochenen Geschäftspapiere zu erkennen gaben, daß sie auf diesen Punkt keine erhebliche Bedeutung legten.

Kaum bedarf es endlich einer Widerlegung, daß eine Arglist im Sinne des Art. 24 Obl.-R. nicht, wie die Beklagten behaupten wollen, schon in der bloßen Ausbedingung eines beträchtlichen Kaufpreises gefunden werden kann, und zwar auch dann nicht, wenn es sich dabei um ein unbrauchbares Werkzeug gehandelt hätte; es müßte in dieser Hinsicht wenigstens nachgewiesen sein, daß letzterer Umstand den Klägern, als Verkäufern, bekannt gewesen sei. (Vgl. hierüber Handelsr. Entsch. Bd. XV S. 312 Erw. 3, Bd. XVI S. 61 Erw. 3, Bd. XVII S. 234 Erw. 2). Auf Grund der gerichtlichen Expertise kann indes von einer völligen Unbrauchbarkeit des Stahlhalters „Blitz" überhaupt nicht gesprochen werden; vielmehr zeichnet sich derselbe hienach im Vergleich zu allen andern dem Experten bisher bekannten Instrumenten dieser Art zu seinem bedeutenden Vorteil dadurch aus, daß er auch zum Inwendigdrehen, d. h. Bohren, verwendet werden kann.

4. Eventuell berufen die Beklagten sich darauf, daß sie sich beim Vertragsabschluß in einem wesentlichen Irrtum im Sinne des Art. 19 Ziff. 4 Obl.-R. befunden haben, indem sie sich eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange haben versprechen lassen, als es ihr Wille gewesen sei; dies sei mit Rücksicht darauf der Fall, daß sie geglaubt haben, eine epochemachende Erfindung zu kaufen, während der Stahlhalter „Blitz" auf dem Markt nicht verwertbar sei. Ein Irrtum im behaupteten Sinne wäre indes keineswegs ein solcher über den Umfang der Gegenleistung, objektiv genommen; diese, nämlich die Abtretung der Erfindung des Stahlhalters „Blitz", war ja ohne weiteres nach Maßgabe insbesondere der Patente gegeben. Vielmehr handelte es sich dabei um die Schätzung des Wertes der Erfindung, und dies gilt nach der Gerichtspraxis als unwesentlich und hindert die Verbindlichkeit des Vertrages nicht. (Vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XIX S. 37 Erw. 4 und die dortigen Präjudikate). Die beklagtischen Angriffe auf die Gültigkeit des streitigen Vertrages gehen somit überhaupt fehl.

5. Weiter haben die Beklagten geltend gemacht, der Vertrag sei anfechtbar wegen Nichterfüllung der Vertragspflichten seitens der Kläger und Widerbeklagten, und sich dabei auf Art. 249 Obl.-R. betreffend den Wandelungsanspruch des Käufers auf Grund der Gewährspflicht des Verkäufers wegen Mängeln der Kaufsache berufen. Als solche erscheint wesentlich die abgetretene Erfindung des Stahlhalters „Blitz", die mitabgetretenen körperlichen Sachen hatten beim Kauf nur ganz nebensächliche Bedeutung, und allfällige Mängel desselben könnten daher nicht zur Wandelung des ganzen Rechtsgeschäftes führen, aber auch nicht zu einer bloß teilweisen Rescission, da der Vertrag nach der Willensmeinung der Parteien offenbar als ein einheitliches Rechtsgeschäft zu betrachten ist, das in seinem Ganzen stehen oder fallen muß. (Vgl. Entscheid. des Obertribunals Berlin vom 28. März 1871, in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsrecht Bd. XXV, S. 257).

Im übrigen hängen die behaupteten Mängel der Ware eben mit der besondern Natur ihres Konstruktionssystems zusammen, und da die Klägerin in dieser Hinsicht ein bestimmtes Versprechen oder eine Garantie nicht übernommen hat, kommt dabei das Risiko in Betracht, das einem derartigen neuen System naturgemäß immer anhaftet, und das nach Lage der Dinge von dem Erwerber zu tragen ist. (Vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XVI S. 62, Erw. 5 und die dortigen Präjudikate.)

Es kann sich danach nur fragen, ob die von den Beklagten erhobene Einrede, daß es sich bei dem Stahlhalter „Blitz" überhaupt um keine neue Erfindung gehandelt habe, für zutreffend zu erachten sei. Der Umstand, daß die für die angebliche Erfindung erteilten Patente formell zu Recht bestehen, schließt die Zulässigkeit der Einrede nicht aus. Denn als Inhaber der Patente sind die Beklagten, wie noch später auszuführen sein wird, zwar nicht legitimiert, ihrerseits die formelle Nichtigerklärung derselben herbeizuführen; es kann ihnen aber unmöglich zugemutet werden, mit einer Anfechtung des Kaufvertrages zuzuwarten, bis die Patente auf Klage dritter Personen annulliert werden. Gegenstand des Vertrages war eine patentfähige Erfindung. Kann also gezeigt werden, daß eine solche nicht vorlag und daß die erteilten Patentrechte deshalb mit Nichtigkeitsgründen behaftet sind, so ist der ganze Kaufvertrag mangels des Vertragsobjektes als ungültig zu erklären. Nun trifft indessen die genannte Einrede thatsächlich nicht zu. Eine patentfähige Erfindung liegt vor, wenn mit dem patentierten Gegenstand ein technischer Fortschritt nur in irgendwie erheblichem Maße erreicht wird und eine neue schöpferische Idee gegeben ist; dies ist aber nach den Erklärungen des Gerichtsexperten und angesichts der Erteilung des deutschen Patentes auf Grund des hiefür bestehenden strengen Vorprüfungsverfahrens, jedenfalls mit Bezug auf die am Schaftende angebrachte Vorrichtung der Fall, die zugleich den Gebrauch des Instrumentes zum Inwendigdrehen (Bohren) gestattet. Nun ist allerdings gerade dieser Konstruktionsteil, der wesentlich den Gegenstand des deutschen Patentes bildet, im streitigen schweizerischen Patent, wie das Gericht an Hand der von Amtes wegen beigezogenen Patentschrift konstatiert hat, gar nicht enthalten. Da indessen das Fehlen der neuen in Frage stehenden Konstruktion im schweizerischen Patent von den Beklagten und Widerklägern gar nicht behauptet und überhaupt von den Parteien nicht zum Gegenstand des Prozeßstoffes gemacht worden ist, so fällt dieser Umstand nicht weiter in Betracht. Der von den Beklagten zur Begründung ihres Standpunktes behauptete Mangel der Erfindungsqualität für die den Kaufsgegenstand bildende Erfindung ist somit nicht erwiesen und es ist daher die Klage aus dem Kauf gutzuheißen.

Aus dem nämlichen Grunde folgt die Abweisung der Widerklage in ihrem ersten Teil, wobei es sich eigentlich nur um eine Klagebestreitung handelt.

6. Mit dem zweiten Teile ihrer Widerklage haben die Beklagten und Widerkläger nun die Nichtigerklärung des ihnen von den Klägern und Widerbeklagten verkauften schweizerischen Patentes Nr. 18862 verlangt. Vom Handelsgericht ist entschieden worden, daß der Lizenzträger behufs Anfechtung des Lizenzvertrages legitimiert sei, mit Bezug auf das ihm lizenzweise zur Ausbeutung überlassene Patent ein Nichtigkeitsbegehren zu stellen und daß ihm dabei nicht die Einrede der Arglist entgegengehalten werden könne (Handelsr. Entsch. Bd. XIII S. 169 Erw. 9, s. a. Bd. XVI S. 303 und ferner mit Bezug auf die nämliche Frage beim Gebrauchsmusterschutz Handelsr. Entsch. Bd. XVII S. 242). Die Beklagten und Widerkläger sind nun aber nicht bloße Lizenzträger, sondern Eigentümer des von ihnen angefochtenen Patentes, und es kann unmöglich angehen, daß ein solcher auf die Vernichtung seines eigenen Patentes klagt; dies wäre ein juristisches Unding, und mit Recht haben die Kläger und Widerbeklagten demgegenüber die Einrede der Arglist, des Zuwiderhandelns gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr gestellt, welche bei der Auslegung von Vertragspflichten stets im Auge behalten werden müssen (vgl.

Bundesger. Entsch. Bd. XVI. S. 387, Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX, S. 222). Übrigens haben die Widerkläger ihr bezügliches Begehren natürlich nur gestellt, weil sie es mit Bezug auf die der Klage entgegengehaltene Einrede des Mangels einer patentfähigen Erfindung für erforderlich hielten. Nachdem der betreffende Standpunkt aber bereits bei der Klage behandelt wurde, fällt dieser zweite Teil der Widerklage wohl ohne weiteres dahin.

Hieraus ergiebt sich, daß die Widerklage in allen Teilen abgewiesen werden muß, die Klage dagegen gutzuheißen ist. Die Prozeßentschädigung, welche die Beklagten und Widerkläger infolgedessen an die Kläger und Widerbeklagten zu bezahlen haben, ist immerhin mit Rücksicht darauf zu ermäßigen, daß diese beim Abschlusse des Vertrages mit ihren Anpreisungen des Kaufsobjektes offenbar bis zur äußersten Grenze des rechtlich Zulässigen gegangen sind und es dabei mit dem Gebote der kaufmännischen Loyalität nicht gerade genau genommen haben.

Schweizerisches Bundesgericht.

Mietzinsansprüche im Konkurs.

Der Vertrag über entgeltliche Überlassung einer Wandfläche zur Benützung für Reklameaffichen ist ein Mietvertrag. — Einfluß des Konkurses des Mieters auf das Mietverhältnis. Bei den Mietzinsen für die noch nicht abgelaufene Vertragszeit handelt es sich nicht um bereits feststehende, bedingte oder betagte, sondern um erst in Zukunft zur Entstehung gelangende Schuldverpflichtungen. Als Konkursforderungen können solche Mietzinsansprüche insoweit geltend gemacht werden, als sie die beim Konkursausbruche laufende Zinsperiode, bei der Miete unbeweglicher Sachen das laufende Jahr, für dessen Zins das Retentionsrecht gewährt ist, betreffen. Als laufendes Jahr ist dasjenige zu betrachten, welches vom letzten Verfalltage einer Mietzinsrate an läuft

---

Der Eisenhändler W. Th. in S. hatte am 20. September 1898 mit der Klägerin, A.-G. Schweiz. Annoncenbureaux O. F. einen Abonnementsvertrag abgeschlossen, wodurch er auf den Raum für eine Affiche über dem Gesimse der Eingänge nach den Passagiergepäcklokalen im Bahnhof B. auf die Dauer von 5 Jahren gegen eine Summe von Fr. 1200 im Jahr, zahlbar in halbjährlichen Raten zum voraus, abonnierte. Am 7. Mai 1900 wurde über W. Th. der Konkurs eröffnet. In demselben meldete die Klägerin den Gesamtbetrag der Abonnementsgelder für die 5 Jahre, soweit sie noch nicht bezahlt waren, mit Fr. 4200 an. Die Konkursverwaltung anerkannte nur die am 1. April 1900 verfallene Abonnementsrate von Fr. 600, wies dagegen den Restbetrag ab. Auf Klage der A.-G. Ann.-B. O. F. hin entschied das Obergericht des Kantons Solothurn durch zweitinstanzliches Urteil dahin, die Forderung von Fr. 4200 sei, mit Abzug der Zwischenzinse von den noch nicht verfallenen Forderungen vom Tage des Konkurserkenntnisses an, in der V. Klasse aufzunehmen. — Auf Berufung der Konkursmasse des W. Th. hin erkannte das Bundesgericht abändernd, die Klage sei über die anerkannten 600 Fr. Mietzins für die Zeit vom 1. April bis 30. Sept. 1900 hinaus bloß für eine weitere Mietzinsrate von Fr. 600 für die Zeit vom 1. Oktober 1900 bis 31. März 1901, jedoch unter Abzug der Zwischenzinsen gemäß Art. 208 Abs. 2 Schuldbetr. u. Konk., gutgeheißen, mit dem Mehrbetrag von 3000 Fr. dagegen abgewiesen.

Aus den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung ist hervorzuheben:

Es ist der Vorinstanz beizutreten, wenn sie den streitigen Abonnementsvertrag unter die Kategorie der Sachmiete gestellt hat. In der That sind die wesentlichen Merkmale dieses Vertragsverhältnisses hier gegeben, die Überlassung des Gebrauches einer Sache gegen Bezahlung einer Vergütung. Die Klägerin hat, auf die im Vertrage genannte Dauer, dem W. Th. eine bestimmte Wandfläche im Bahnhofgebäude B. (welche sie offenbar selbst von der Bahnverwaltung gemietet hatte), also eine unbewegliche Sache, zur Anbringung einer Reklametafel über-

lassen, und Th. hat sich dagegen verpflichtet, ihr für die Überlassung der Wandfläche zu dem genannten Gebrauch eine Vergütung zu bezahlen. Es handelt sich somit um die Untermiete einer unbeweglichen Sache.

Die zu entscheidende Frage geht demnach dahin, ob der Vermieter, wenn der Mieter vor Ablauf der Vertragsdauer in Konkurs fällt, berechtigt sei, auch die erst in Zukunft fällig werdenden Mietzinse als Konkursforderung gemäß Art. 208 Sch.- u. K.-G. geltend zu machen. Daß der Verpächter ein solches Recht hinsichtlich der noch nicht abgelaufenen Vertragsdauer nicht besitzt, ist zweifellos, da das Pachtverhältnis mit der Eröffnung des Konkurses über den Pächter nach Maßgabe des Art. 315 O. R. erlischt. Auf das Mietverhältnis übt aber die Eröffnung des Konkurses über den Mieter diese Wirkung nicht aus.

Wenn der Vermieter nicht, gemäß der ihm durch Art. 288 O. R. eingeräumten Berechtigung, den Mietvertrag auflöst, so besteht dieser trotz dem Konkurs des Mieters unverändert fort, und es ist an dem Bestande der Ansprüche, welche ihm aus diesem Vertrage erwachsen, nichts geändert. Welche Wirkungen die Konkurseröffnung in Beziehung auf ein allfälliges Eintrittsrecht der Gläubigerschaft ausübe, kann bei Entscheidung des vorliegenden Falles gänzlich bei Seite gelassen werden, da nach Feststellung der Vorinstanz die Konkursmasse es abgelehnt hat, in den Vertrag einzutreten, und somit hier bloß die Beziehungen der Klägerin zum Kridar in Betracht kommen, wie ja auch die klägerische Forderung lediglich als Konkursforderung, und nicht als Forderung gegen die Masse geltend gemacht worden ist. Die Forderung ist ferner auch nicht etwa als Entschädigungsforderung gestellt und auf die Thatsache gegründet worden, daß die Klägerin wegen unterbliebener Sicherheitsleistung gemäß Art. 288 Obl.-R. zur Auflösung der Miete veranlaßt worden sei, sondern die Klägerin verlangt, unter Anbietung der Gegenleistung, Erfüllung des Vertrages, und geht davon aus, die von ihr geforderten Leistungen seien durch den Konkursausbruch fällig geworden, so daß sie, unter Abrechnung des Zwischenzinses, den gesamten Betrag der auf die noch nicht abgelaufene Vertragsdauer entfallenden Mietzinse im Konkurse des Mieters geltend machen könne.

Nun handelt es sich aber bei den Mietzinsen für die noch nicht abgelaufene Vertragsdauer nicht, wie die Klägerin und mit ihr die Vorinstanz annimmt, um bereits existente Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners, die bloß noch nicht fällig gewesen wären, nach Art. 208 Abs. 1 Sch.- u. K.-G. nach Eintritt des Konkurses über den Mieter nun aber doch jetzt schon als Konkursforderungen geltend gemacht werden könnten. Es handelt sich hiebei weder um betagte, noch um bedingte, sondern um erst in Zukunft zur Entstehung gelangende Schuldverpflichtungen. Wenn auch durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag bereits der rechtliche Grund für die Entstehung der einzelnen Mietzinsforderungen gelegt war, so mußten dieselben doch erst durch Bewirkung der Gegenleistung des Vermieters erworben werden, und gelangten deshalb nicht schon ohne weiteres durch den Abschluß des Mietvertrages zur Existenz (vergl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, § 31 Anm. 2; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1891, S. 453 u. 489; Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 63 u. 84).

Die logische Konsequenz dieser rechtlichen Situation kann nun allerdings nicht streng durchgeführt werden. Sie würde es an und für sich mit sich bringen, daß der Vermieter für seine noch nicht bezahlten Mietzinsforderungen nur insoweit als Konkursgläubiger auftreten könnte, als dieselben sich auf die bis zum Tage der Konkurseröffnung abgelaufene Zeit beziehen (vrgl. Jäger, Komm. z. Sch.- u. K.-G., S. 374). Allein das Gesetz regelt, den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprechend, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beim Mietvertrag nicht in der Weise, daß diese sich gegenseitig von Moment zu Moment bedingen würden, sondern es geht davon aus, daß Leistung und Gegenleistung in ihrem Verhältnis zu einander nach gewissen Zeitperioden bemessen werden müssen. Demzufolge muß denn jedenfalls die Miet-

zinsforderung für das Halbjahr, welches bei der Konkurseröffnung im Gange war, als Konkursforderung anerkannt werden, und die Beklagte giebt dies auch selber zu, indem sie die von der Klägerin verlangte Kollokation der auf die Zinsperiode vom 1. April bis 30. September 1900 entfallenden Rate von Fr. 600 nicht beanstandet.

Es ist aber des weitern zu beachten, daß das Bundesgesetz über das Obligationenrecht dem Vermieter einer unbeweglichen Sache das in Art. 294 näher bezeichnete Retentionsrecht für den Mietzins nicht nur des verflossenen, sondern auch des ganzen laufenden Jahres gewährt. Diese Bestimmung die — allgemein aufgestellt — auch für den Fall des Konkurses des Mieters gelten muß, und gerade in ihm vorzugsweise praktisch wird, setzt notwendig voraus, daß die Mietzinsforderung des Vermieters im Konkurse des Mieters für die Dauer des ganzen laufenden Jahres geltend gemacht werden könne; denn ein Retentionsrecht ohne eine Forderung, für welche dasselbe besteht, kann schlechterdings nicht gedacht werden. Da es sich im vorliegenden Falle um die Vermietung einer unbeweglichen Sache handelt, greift Art. 294 O. R. Platz, und es ist daher in Anwendung des demselben zu Grunde liegenden Rechtssatzes der von der Klägerin geforderte Mietzins für das ganze laufende Jahr als Konkursforderung anzuerkennen.

Als das laufende Jahr im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht ist mit der in der bisherigen kantonalen Rechtsprechung und in der Litteratur vorherrschenden Ansicht dasjenige zu verstehen, welches vom letzten Ziel der Fälligkeit des letzten Mietzinses an läuft. (Vergl. Hafner, Komm. Anm. 4 zu Art. 294; Schneider und Fick, Komm. z. gleichen Artikel, Anm. 25; Janggen, Sachmiete S. 121.) Nach dem Gesagten erscheint die Klage insoweit als begründet, als sie über die von der Beklagten anerkannten Fr. 600 hinaus eine Mietzinsrate von Fr. 600 für die Zeit vom 1. Oktober 1900 bis 31. März 1901 unter Abzug des Zwischenzinses gemäß Art. 208 Abs. 2 des Sch.- u. K.-G. als Konkursforderung geltend macht.

(9. Februar 1901, Konkursmasse W. Th. c. A.-G. O. F., Schweizerisches Annoncenbureau.)

(Revue der Gerichtspraxis des Bundeszivilrechts, B. XIX, Nr. 53.)

Kassationsgericht des Kts. Zürich.

Prozessrecht.

Urteilsfällung. Dieselbe ist vollzogen mit der Verkündung des Urteils (mündlichen Eröffnung an eine erschienene Partei).

Gründe:

§ 681 G. b. Rpfl. bestimmt, gleichwie § 549 bezüglich der Urteile des Handelsgerichts: „Ein zweitinstanzliches Urteil wird mit der Ausfällung rechtskräftig".

Die eben genannte Vorschrift ist zwar durch das ordentliche Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht, soweit dieses reicht, eingeschränkt, im übrigen besteht sie aber heute noch in Kraft. Was unter der „Ausfällung des Urteils" zu verstehen sei, ist im Gesetz nicht näher gesagt. In einem Entscheid vom Jahre 1885 (Rech. Ber. d. Oberger. 1885 Nr. 128) hat das Kassationsgericht mit Bezug auf ein zweitinstanzliches Strafurteil, das nach der mündlichen auf Freisprechung gehenden Eröffnung nachträglich von der Appellationskammer des Obergerichtes in Wiedererwägung gezogen und mit einer spätern Entscheidung im Sinne einer teilweisen Schuldigerklärung eines Angeklagten neu eröffnet und dann schriftlich mitgeteilt worden, unter Gutheissung dieses Verfahrens dahin entschieden, daß die Urteils- „Ausfällung" erst mit dem Abschluß der vom Gesetz verlangten richterlichen Thätigkeit in der Sache vollzogen sei, also bei Urteilen, welche schriftlicher Begründung bedürfen, erst mit der Protokollierung des Urteils und der gerichtlichen Genehmigung des Protokolles. Diese Entscheidung kann indes nicht aufrecht erhalten werden. Gegen dieselbe spricht zunächst, daß nach Vorschrift des § 192 G. b. Rpfl. alle gerichtlichen Erkenntnisse den anwesenden Parteien mündlich eröffnet werden müssen; denn dies läßt darauf schließen, daß das Gesetz mit dieser Eröffnung in allen Fällen eine gewisse Rechtswirkung verbindet; bei zweitinstanzlichen Urteilen, für welche die Beratung öffentlich ist, hätte die Vorschrift vollends keinen verständlichen Sinn. Weiter ist darauf hinzuweisen, daß gegen zweitinstanzliche Urteile in Strafsachen und gegen solche des Schwurgerichtes die Frist zur Nichtigkeitsbeschwerde schon von der mündlichen Eröffnung des Urteils an beginnt (§ 1092 G. b. Rpfl.), was nur darauf beruhen kann, daß wenigstens Urteile in Strafsachen als schon mit der

mündlichen Eröffnung zu Stande gekommen gelten; gewiß liegt aber ein innerer Grund dafür nicht vor, daß es sich hierin mit Civilurteilen anders verhalten würde. Wenn das Gesetz (§ 706 G. b. Rpfl.) mit Bezug auf diese die Kassationsfrist erst von der schriftlichen Mitteilung an beginnen läßt, so beruht dies wohl hauptsächlich auf der praktischen Erwägung, daß für Zivilsachen die endliche Erledigung regelmäßig weniger dringlich ist, als bei Strafsachen, und sodann auf der Berücksichtigung des Umstandes, daß bei Zivilstreitigkeiten ihrer Natur nach die genaue schriftliche Formulierung der Urteilsgründe für den Entschluß zur Nichtigkeitsbeschwerde in der Regel von viel größerem Gewicht sein wird, als in Kriminalsachen. Die prinzipale Bedeutung der mündlichen Eröffnung wird dadurch bestätigt, daß gemäß § 193 Abs. 1 G. b. Rpfl. die Parteien auf die schriftliche Mitteilung endlicher und erstinstanzlicher Civilurteile auch verzichten können und bei friedensrichterlichen Erkenntnissen der Verzicht unter den in § 457 genannten Voraussetzungen stillschweigend angenommen wird, sowie dadurch, daß die Parteien auch bei zweitinstanzlichen Zivilurteilen wenigstens auf die Mitteilung der Erwägungen verzichten können und letzteres aus dem Stillschweigen einer bei der Eröffnung anwesenden Partei ohne weiteres gefolgert wird. Daß unter „Ausfällung des Urteils" die mündliche Eröffnung desselben (Verkündung) zu verstehen ist, ergiebt sich endlich aus dem im öffentlichen und im Privatrecht allgemein herrschenden Grundsatz, wonach ein Willensakt dann als perfekt zu betrachten ist, wenn er demjenigen zur Kenntnis gebracht worden ist, an den er zu richten war; denn hiezu genügt es an der mündlichen Eröffnung. Sobald man diese perfizierende Wirkung der Eröffnung annimmt, so vermag der Umstand, daß die Thätigkeit des Richters in der Sache damit immerhin noch nicht zu Ende ist, daß er vielmehr noch die Erwägungen festzustellen und in allen Fällen noch das Protokoll zu genehmigen hat, an jener offenbar nichts mehr zu ändern, da alsdann mit der Eröffnung ein wohlerworbenes Recht der Partei auf die durch das Urteil festgesetzten Ansprüche bezw. Rechtsverhältnisse und eine entsprechende novatorische Gestaltung des zur res judicata erwachsenen Prozeßstoffes verbunden ist. Es bedarf auch keiner weitern Ausführung, daß die Wiedererwägung und Änderung ausgefällter Urteile die Rechtssicherheit und die Autorität der Rechtspflege in hohem Grade erschüttern würde.

(3. Juni 1901, Chocoladenfabrik Sprüngli A.-G. c. Banca Credito Ticinese.)

Obergericht des Kts. Zürich,

Appellationskammer.

Verjährung.

Geltendmachung einer vor mehr als zehn Jahren gegenüber der Mutter der heutigen Beklagten entstandenen, der zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegenden Forderung. Einrede der Verjährung. Schutz derselben. Einrede der Handlungsunfähigkeit einer Ehefrau. Ungültigkeit der Schuldanerkennung einer unter ehelicher Vormundschaft stehenden Frau.

Gründe:

1. Die Vorinstanz hat die von der Beklagten der Klage entgegengehaltene Einrede der Verjährung geschützt. Sie gieng dabei insbesondere davon aus, daß die Verjährungsfrist in den der Klageeinleitung voranliegenden 10 Jahren nie unterbrochen worden sei. Die Klägerschaft hätte sich zum Beweise dafür, daß die Verjährung durch Anerkennung der Schuld unterbrochen worden sei, auf Vormundschaftsrechnungen berufen, in welchen die streitige Schuld aufgeführt und von der Beklagten, der jene Rechnungen jeweilen zugekommen seien, nicht bestritten worden sei. Mit Recht hat aber die Vorinstanz angenommen, daß in diesem (bestrittenen) Verhalten der Beklagten eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 154 Ziff. 1 Obl.-R. nicht erblickt werden könne. In der That kann das Schweigen auf die Zustellung einer Vormundschaftsrechnuug nicht als eine Willenserklärung betrachtet werden, die zur Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich der in der Rechnung aufgeführten Schuld genügen würde. Wenn man auch nicht so weit gehen kann, mit der ersten Instanz stets eine ausdrückliche Willenserklärung für die Anerkennung des Art. 154 Obl.-R. zu fordern, sondern auch eine durch concludente Handlungen ausgedrückte Anerkennung für genügend wird erachten müssen, so ist doch notwendig, daß die Anerkennung dem Gläubiger gegenüber geäussert werde. Vgl. Hafner, Comm. Note 1[b] zu Art. 154 Obl.-R. Nun bezogen sich jene Vormundschaftsrechnungen auf das Vermögen

der Kinder der ursprünglichen Gläubigerin, so daß die Anerkennung der Rechnungen, in denen das streitige Guthaben der Mutter als Passivum aufgeführt war, jedenfalls nicht ohne weiteres als eine der Gläubigerin gegenüber geäusserte Willenserklärung betrachtet werden kann. Die Berufung darauf aber, daß die Beklagte nach ihrer Volljährigkeit (d. h. nach dem 8. Nov. 1886) zur Zahlung der Schuld aufgefordert worden sei, geht — abgesehen von der viel zu allgemeinen Fassung dieses Beweissatzes — schon deshalb fehl, weil die bloße Zahlungsaufforderung zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet ist.

2. In der Appellationsverhandlung produzierte der Vertreter der Klägerschaft nun Abschriften von Vormundschaftsrechnungen, deren Richtigkeit nicht nur von der damaligen Gläubigerin der streitigen Forderung, sondern auch von der Beklagten unterschriftlich bestätigt erscheint. Da auch in diesen Rechnungen die streitige Schuld aufgeführt ist, darf darin, daß die Beklagte neben der Gläubigerin und offenbar auch in Anwesenheit der letztern die Richtigkeit der Rechnung unterschriftlich bestätigte, an und für sich wohl eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 154 Obl.-R. gefunden werden. Allein es ist zu beachten, daß die erste der beiden Rechnungen schon im Juni 1888 ausgestellt und unterzeichnet wurde, so daß seit jenem Zeitpunkte bis zur Klageeinleitung (3. August 1899) die 10jährige Verjährungsfrist bereits wieder abgelaufen war. Die zweite Rechnung wurde von der Beklagten am 5. März 1891 unterzeichnet. In diesem Zeitpunkte war sie bereits verheiratet mit dem zürcherischen Kantonsbürger Heinrich Huber; das eheliche Domizil befand sich damals im Kt. Aargau. Die Beklagte behauptet nun, daß jene Unterschrift vom 5. März 1891, welche innerhalb der Verjährungsfrist liegt, für sie nicht verbindlich sei, da sie, die Beklagte, damals bereits unter der Vormundschaft ihres Ehemannes gestanden habe.

3. Dieser Einwand der Beklagten ist begründet. Mag aargauisches oder zürcherisches Recht zur Anwendung gebracht werden, so steht fest, daß die Beklagte am 5. März 1891 nicht handlungsfähig war, da sie sowohl nach § 589 des zürch. Pr. G.-B. als auch nach § 51 des aarg. bürgerl. Gesetzb. unter der Vormundschaft ihres Mannes stand. Da die Anerkennung des Art. 154 Obl.-R. insofern eine Veränderung des Forderungsrechtes bewirkt, als gemäß Art. 156 mit der durch sie begründeten Unterbrechung der Verjährung eine neue Verjährung beginnt, so ist die Anerkennung als ein (einseitiges) Rechtsgeschäft zu betrachten, durch das allerdings nicht ein neuer Schuldgrund geschaffen wird, das aber eben eine teilweise Änderung des Forderungsrechtes zur Folge hat. Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. I, § 91, III. 1. Die Anerkennung einer Schuld bewirkt daher nur dann die Unterbrechung der Verjährung, wenn sie von einer handlungsfähigen Person ausgeht. So wenig nun das minderjährige Kind eine solche Anerkennung rechtswirksam aussprechen könnte, so wenig kann die Unterschrift der handlungsunfähigen Ehefrau rechtliche Bedeutung beanspruchen. Vgl. in diesem Sinne auch die Commentare z. deutschen bürgerl. Gesetzbuch von Blanck und Hölder, zu § 208 D. B. G. B.

Die Verjährung ist also seit dem Monate Juni 1888 nicht mehr rechtswirksam unterbrochen worden und deshalb war die Forderung am 3. Aug. 1899, dem Zeitpunkt der ersten Klageeinleitung, bereits verjährt.

4. Der vom Vertreter der Klägerschaft eingenommene eventuelle Standpunkt, wonach die Verjährungsfrist erst mit dem Tode der Gläubigerin, der Mutter der Beklagten, d. h. erst seit 1898 zu laufen begonnen habe, weil bis dahin das Vermögen der Mutter und der Kinder in gemeinsamer Verwaltung gestanden habe, ist ohne weiteres zu verwerfen. Hat die Mutter im Jahre 1877 infolge des für gemeinsame Rechnung abgeschlossenen Liegenschaftenkaufes 3000 Fr. und bald nachher 350 Fr. für ihre Kinder verwendet, so hatte sie einen sofort fälligen Anspruch aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag gegen ihre Kinder erworben. Nichts konnte sie rechtlich an der alsbaldigen Geltendmachung dieses Anspruches hindern. Weder nach dem damals geltenden aarg. Recht, noch nach dem später in Kraft getretenen eidgen. Obligationenrecht lag je ein Grund für das Stillstehen der Verjährung vor. Insbesondere ist die Klägerschaft nicht in der Lage, sich auf irgend einen in Art. 153 Obl.-R. aufgeführten Fall des Ruhens der Verjährung zu berufen. Eine analoge Anwendung des Art. 153 auf andere Fälle ist aber unzulässig, weil dieser Artikel die Fälle des Stillstehens der Verjährung ausschließlich und erschöpfend aufzählt.

(5. Juli 1901. i. S. Konsumverein Würenlingen c. Frau Huber. — U.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Oktober 1901. XX. Band. No. 18.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des schweiz. Bundesgerichtes betr. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. II. Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Markenrecht, b) Kompetenz. III. Entscheid der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. Quartierplanverfahren. V. Rechtslitteratur.

Schweizerisches Bundesgericht.

Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.

Berechnung des Streitwertes. Legitimation des Aktionärs zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. — Art. 656 Ziff. 4 Obl.-R. bezieht sich nicht auf Forderungen. — Das Gesetz giebt keine Vorschrift darüber, wie „zweifelhafte Posten" und „vorgenommene Abschreibungen" in die Bilanz aufzunehmen seien. — Aus dem Zwecke der Bilanzaufstellung, einen Einblick in die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft zu gewähren, folgt, daß die darin figurierenden Vermögensbestandteile mit ihrem wirklichen Werte einzusetzen sind. — Die Taxation derjenigen Vermögensbestandteile, für welche das Gesetz keine Spezialbestimmungen aufstellt, fällt in die ausschließliche Kompetenz der Generalversammlung.

Gegen den im laufenden Band auf Seite 149 ff. dieser Blätter mitgeteilten Entscheid i. S. Dr. Schweitzer c. Hypothekarbank Zürich hat der Kläger Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Die letztere Instanz hat indessen das Urteil des Handelsgerichtes mit folgenden Erwägungen bestätigt:

1. Die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz sind gegeben. In Frage kommen kann nur, ob der gesetzliche Streitwert gegeben sei. Denn die streitige Anfechtungsklage betrifft nicht etwa einen Streitgegenstand, der seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterläge (Art. 61 Organis. Ges.), sondern sie bewegt sich durchaus auf vermögensrechtlichem Gebiete, da sie ja unter anderem die Aufhebung des von der beklagten Aktiengesellschaft gefaßten Gewinnfeststellungs- und Verteilungsbeschlusses für das Jahr 1900 verlangt; die Berufung ist daher allerdings nur dann statthaft, wenn der Streitgegenstand den für vermögensrechtliche Streitigkeiten zur Berufung an das Bundesgericht (in dem durch die Berufungserklärung eingeleiteten mündlichen Verfahren) geforderten Streitwert von 4000 Fr. erreicht. Für die Streitwertsberechnung bei Anfechtungsklagen der in Frage stehenden Art, bei welchen die Gutheißung der Klage präjudiziell wirkt, das heißt den angefochtenen Beschluß in toto gegenüber der Aktiengesellschaft und sämtlichen Aktionären aufhebt, ist nun aber, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1897 (amtl.

Samml. der bundesger. Entscheid. Bd. XXIII 2, S. 1828 f. Erw. 2 f.) i. S. Spar- und Leihkasse Zofingen c. Graf und Kons. ausgesprochen und seither konstant festgehalten hat, das Interesse der beklagten Aktiengesellschaft, welche die Gesamtheit der Aktionäre vertritt, maßgebend, und dieses übersteigt offenbar in concreto den gesetzlichen Minimalstreitwert bei weitem.

2. Ist also die Kompetenz des Bundesgerichtes gegeben, so ist auch die Aktivlegitimation des Klägers wie die Passivlegitimation der beklagten Aktiengesellschaft anzuerkennen. Letztere ergiebt sich ohne weiteres daraus, daß ein von der Generalversammlung, dem obersten stellvertretenden Organe der beklagten Gesellschaft, in deren Namen gefaßter Gesellschaftsbeschluß angefochten wird, und die Aktivlegitimation des Klägers ergiebt sich aus dem Rechte auf gesetz- und statutenmäßige Verwaltung, welches dem Aktionär als Einzelrecht zusteht. Kraft dieses Rechtes ist der einzelne Aktionär befugt, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Gesellschaftsorgane, speziell der Generalversammlung, durch gerichtliche Klage anzufechten, wie dies in der Praxis (siehe Entsch. des Bundesger. i. S. Ryf und Genossen c. N. O. B. vom 19. Oktober 1894, amtl. Samml. Bd. XX, S. 950 ff. Erw. 6 ff.) anerkannt ist und auch grundsätzlich von der Beklagten nicht bestritten wird. Die Beklagte hat vor der kantonalen Instanz anscheinend geltend gemacht, der Kläger sei zu der von ihm angestellten Anfechtungsklage deshalb nicht berechtigt, weil er der nunmehr von ihm bekämpften Art der Bewertung der Schuldbriefe früher, als Mitglied des Verwaltungsrates und des leitenden Ausschusses der beklagten Aktiengesellschaft, selbst beigestimmt habe. Allein, daß der Kläger der Einstellung der nunmehr von ihm bemängelten Ansätze in die Schlußbilanz für das Jahr 1900 und dem hierauf gestützten Dividendenbeschlusse jemals zugestimmt habe, hat die Beklagte nicht behauptet und nicht behaupten können, und es kann dem Kläger daher das Recht, die betreffenden Schlußnahmen wegen Gesetz- oder Statutenverletzung anzufechten nicht bestritten werden. Der Umstand, daß er durch diese Anfechtung sich in mehr oder weniger ausgesprochenen Widerspruch mit früher von ihm betätigten Ansichten setzen mag, ist natürlich für sein Recht, die streitigen Beschlüsse, denen er nie zugestimmt hat, anzufechten, ohne Bedeutung. Dagegen kann er selbstverständlich die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse nur wegen Gesetzes- oder Statutenverletzung, nicht dagegen aber wegen bloßer Unzweckmäßigkeit, oder Unangemessenheit verlangen, und ist seine Klage, sofern eine Gesetzes- oder Statutenverletzung in den Beschlüssen nicht liegt, ohne weiteres abzuweisen. (Die Frage aber, ob eine Gesetzes- oder Statutenverletzung vorliege, bildet den Gegenstand der Entscheidung in der Hauptsache, und ist nicht anläßlich der Prüfung der Aktivlegitimation zu erörtern.)

3. Die Anfechtungsklage wird nun wesentlich damit begründet, die von der beklagten Aktiengesellschaft erworbenen Hypothekartitel seien, auch soweit sie mit Einschlägen erworben worden seien, zu ihrem vollen Nominalwerte in die Aktiven der Bilanz eingestellt worden, während sie, wie nach richtigen Grundsätzen kaufmännischer Buchführung, so auch nach dem Gesetz höchstens zum Anschaffungswerte hätten eingestellt werden dürfen; werde anstatt des Nominalwertes der Anschaffungswert der Schuldbriefe in die Bilanz eingestellt, so ergebe sich kein Reingewinn, gegenteils ein Defizit. Der Rechtssatz, daß die Schuldbriefe höchstens zum Anschaffungswerte in die Bilanz dürfen eingestellt werden, wird einerseits aus Art. 656 Ziff. 4 und 5 Obl.-R., anderseits aus Sinn und Geist des Gesetzes abgeleitet, indem ausgeführt wird, daß, wenn auch die angeführten Gesetzesbestimmungen den gedachten Rechtssatz nicht direkt enthalten sollten, derselbe doch aus den dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Grundsätzen über die Gestaltung der Bilanz der Aktiengesellschaft sich ergebe. Ausdrücklich ist dabei speziell in der Replik des Klägers, betont worden, daß dieser nicht etwa eine Abschätzung des Schuldbriefbestandes der Beklagten, also die Einstellung des Schatzungswertes der Schuldbriefe in die Bilanz verlange, sondern vielmehr die Ermittlung des Anschaffungspreises derselben und die Ein-

stellung dieses Preises in die Bilanz. Die Klage, so wie sie begründet worden ist, beruht also wesentlich auf der Behauptung, daß die Schuldbriefe in die Bilanz höchstens zum Anschaffungspreise eingestellt werden dürfen.

4. Dieser Satz kann nun aber zunächst nicht aus dem dafür in erster Linie angerufenen Art. 656 Ziff. 4 Obl.-R. abgeleitet werden. Art. 656 Ziff. 4 cit. stellt für Warenvorräte den Grundsatz auf, daß sie höchstens zum Kostenpreis, und falls dieser höher als der Marktpreis stehen sollte, höchstens zu diesem angesetzt werden dürfen. Diese Vorschrift kann ihrem klaren Wortlaute nach auf Forderungen nicht bezogen werden, denn es ist doch gewiß völlig unmöglich, den Besitz einer Aktiengesellschaft an Forderungen, speziell an hypothekarisch versicherten Schuldbrieforderungen unter der Bezeichnung „Warenvorräte" (nach franz. Text approvisionnements de marchandises) mitzuverstehen. Schon aus der Wortverbindung „Warenvorräte" ergiebt sich deutlich, daß das Gesetz dabei nur körperliche Sachen, deren Wert in ihrer Substanz selbst liegt, nicht dagegen Wertpapiere und Forderungen im Auge hat; es versteht übrigens überhaupt das Obligationenrecht durchgängig unter „Waren" nur die körperlichen Handelsobjekte, unter Ausschluß von Wertpapieren u. s. w. Richtig ist allerdings, daß der Verkehr in Schuldbriefen, deren Anschaffung und Veräußerung, den Hauptgeschäftszweig der beklagten Aktiengesellschaft bildet und daß also die Schuldbriefe für die beklagte Aktiengesellschaft Gegenstand des Handels, also Waren in diesem Sinne sind. Allein daraus folgt natürlich nicht, daß nun die für die bilanzmäßige Bewertung von Warenvorräten aufgestellte Sondervorschrift des Art. 656 Ziff. 4 Obl.-R. auch für die Bewertung der Schuldbriefbestände gelte, für welche sie nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes gar nicht aufgestellt ist. Die Regel, daß Warenvorräte höchstens zum Anschaffungswerte in die Bilanz eingestellt werden dürfen, ist übrigens auch keineswegs eine selbstverständliche, die, auch abgesehen von besonderer Vorschrift, sich von selbst ergeben würde. Noch der vom Justizdepartement vorgelegte Entwurf des Obligationenrechts von 1879 hatte diese Bestimmung nicht enthalten, sondern im Gegenteil, in Ziff. 4 des damaligen dem nunmehrigen Art. 656 entsprechenden Art. 664 bestimmt, daß Warenvorräte höchstens zu ihrem derzeitigen Marktwerte in die Bilanz eingestellt werden dürfen.

5. Ebensowenig wie auf Art. 656 Ziff. 4 Obl.-R. kann die Klage auf Art. 656 Ziff. 5 gestützt werden, wonach die Gesamtsumme der zweifelhaften Posten und die Gesamtsumme der vorgenommenen Abschreibungen anzugeben sind. Diese Gesetzesvorschrift enthält keine materielle Vorschrift darüber, inwieweit Abschreibungen vorgenommen werden müssen und in welcher Weise zweifelhafte Posten in die Aktiven der Bilanz eingestellt werden dürfen, sondern nur die formelle Vorschrift, daß die Gesamtsummen der Abschreibungen und zweifelhaften Posten anzugeben seien. Dieser Vorschrift war nun, soweit es die Angabe der abgeschriebenen Verluste anbelangt, im vorliegenden Falle entsprochen, dagegen hätte sich fragen können, ob die Aktionäre nicht berechtigt seien, auch eine besondere Angabe der Gesamtsumme der zweifelhaften Posten zu verlangen, oder ob die in Bilanz und Geschäftsbericht gegebenen Daten genügen. Allein der Kläger hat weder in der Generalversammlung noch im Prozesse ein dahinzielendes Begehren gestellt, sondern vielmehr ohne weiteres Aufhebung des Bilanzgenehmigungs- und Dividendenbeschlusses der Generalversammlung verlangt. Daß nun aber diese Anträge durch die Berufung auf Art. 656 Ziff. 5 Obl. R. nicht begründet werden können, ergiebt sich nach dem Ausgeführten von selbst.

6. Wenn demgemäß die vom Kläger angerufenen Spezialbestimmungen über die Bilanz der Aktiengesellschaft die Anfechtungsklage nicht zu begründen vermögen, so muß sich fragen, ob dieselbe etwa nach allgemeinen, aus dem Zusammenhange des Gesetzes und der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätzen als begründet erscheine. In dieser Richtung ist grundsätzsätzlich zu bemerken: Auch insoweit das Gesetz besondere Bestimmungen über die Bewertung einzelner Bilanzposten nicht

aufstellt, bestehen immerhin hiefür die aus dem Zwecke der Bilanzaufstellung sich ergebenden allgemeinen Regeln, an welche die Gesellschaftsorgane gebunden sind. Die Bilanz hat, wie in Abs. 1 des Art. 656 Obl.-R. besonders betont wird, die Aufgabe, den Aktionären einen möglichst sichern Einblick in die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft zu gewähren. Die mit der Aufstellung der Bilanz beauftragten Gesellschaftsorgane sind also (wie dies übrigen den allgemeinen Anforderungen rationellen und redlichen Geschäftsbetriebs entspricht) verpflichtet, die Bilanz in einer, der wirklichen Vermögens- und Geschäftslage entsprechenden Weise aufzustellen; sie sind nicht berechtigt, Vermögensgegenstände in willkürlicher Weise zu bewerten und danach z. B. non valeurs in der Bilanz als wirkliche Werte aufzuführen, sondern ihre Pflicht ist vielmehr, die Ermittlung des wirklichen Wertes der Vermögensgegenstände anzustreben und den auf Grund einer solchen Ermittlung gefundenen wirklichen Wert, nicht einen willkürlichen, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Wertansatz in die Bilanz einzustellen. Sofern ein Wertansatz letzterer Art eingestellt wird, so steht nicht nur (sofern auf Grund der unrichtigen Bilanz die Verteilung einer nicht verdienten, sondern aus dem Grundkapital zu schöpfenden Dividende beschlossen werden sollte) den Gesellschaftsgläubigern, wie dies das Bundesgericht in der Entscheidung i. S. Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn c. N. O. B. vom 10. April 1886 (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd. XII, S. 365 f. Erw. 5 ff.) grundsätzlich anerkannt hat, ein Einspruchsrecht zu, sondern auch dem einzelnen Aktionär. Denn letzterem steht ja, wie oben ausgeführt, ein Recht auf gesetz- und statutenmäßige Verwaltung zu, welches durch eine falsche Bilanz verletzt wird, und es ist auch durchaus nicht richtig, wenn etwa angenommen wird, eine allzu hohe Bewertung von Aktiven in der Bilanz und eine damit verbundene Verteilung fiktiver Dividenden könne nicht dem Aktionär, der ja gegenteils die nicht verdiente Dividende ausbezahlt erhalte, sondern nur den Gesellschaftsgläubigern zum Nachteil gereichen. Vielmehr kann ja gewiß das dauernde Interesse der Gesellschaft und das damit verbundene Interesse des dauernd in der Gesellschaft verbleibenden Aktionärs durch Auszahlung fiktiver Dividenden aufs empfindlichste verletzt werden, während anderseits sehr wohl denkbar ist, daß die Leiter der zeitweisen Mehrheit einer Generalversammlung dennoch ein Interesse daran haben, fiktive, nicht verdiente Dividenden auszuzahlen (um eine künstliche Hausse hervorzurufen und während derselben ihre Titel vorteilhaft losschlagen zu können u. s. w.). Es ist also der Rechtsgrundsatz festzuhalten, daß in der Bilanz der wirkliche und nicht ein fiktiver Wert der Vermögensobjekte einzustellen ist, und daß wenn dieser Rechtsgrundsatz von den Gesellschaftsorganen, speziell der Generalversammlung, verletzt wird, den einzelnen Aktionären ein Anfechtungsrecht gegen die betreffenden Beschlüsse zusteht. Soweit das Gesetz nicht besondere Bewertungsgrundsätze für einzelne Vermögensobjekte aufstellt, ist daran festzuhalten, daß als maßgebender Wert derjenige Wert erscheint, den das betreffende Aktivum als Bestandteil des Gesellschaftsgeschäftes hat. Die Taxation dieses maßgebenden Wertes nun aber ist dem Ermessen der Gesellschaftsorgane, speziell der Generalversammlung, anheimgegeben, und gegen eine Taxation, soweit es sich dabei eben um bloße Taxation des maßgebenden wirklichen Wertes handelt, steht dem Einzelaktionär ein Einspruchsrecht offenbar nicht zu; er muß vielmehr die von der Generalversammlung als dem maßgebenden Schätzungsorgan vorgenommene Taxation als richtig gelten lassen, sich, wie in anderen Gesellschaftsangelegenheiten, dem Befinden und Ermessen derselben unterwerfen. Ein Einspruchsrecht gegen die Taxation der Generalversammlung steht dem Einzelaktionär nur dann zu, wenn dieselbe sich nicht mehr im Gebiete vernünftiger Erwägungen der maßgebenden Bewertungsfaktoren bewegt, sondern willkürliche Ansätze an Stelle des nach dem Willen des Gesetzes zu ermittelnden wirklichen Wertes setzt. In diesem Falle ist von der Gesellschaft allerdings das Gesetz verletzt.

7. Fragt sich nun, ob nach Maßgabe dieser Grundsätze die fraglichen Bilanzfeststellungs- und Dividendenbeschlüsse als anfechtbar erscheinen, so ist dies zu verneinen. Als anfechtbar möchten diese Beschlüsse z. B. dann erscheinen, wenn nachgewiesen oder zum Beweise verstellt wäre, daß Schuldbriefe erheblichen Nominalwertes, aber zweifelhaftester Güte, wie sie in Zeiten hypothekarischer Krisen so häufig um ganz minime Beträge zu kaufen sind, von der beklagten Aktiengesellschaft zu minimalen Preisen angekauft, dagegen zu dem vollen Nominalwerte in die Aktiven der Bilanz eingestellt worden seien. In diesem Falle würde es sich allerdings nicht mehr um in den Grenzen vernünftigen Ermessens sich bewegende Taxation eines Vermögensobjektes, sondern um die Einstellung eines, zum mindesten großen Teils fiktiven Wertes in die Bilanz handeln. Allein ein derartiger Thatbestand ist vom Kläger weder nachgewiesen, noch behauptet worden; er hat sich vielmehr auf die Behauptung beschränkt, daß Schuldbriefe, mit Einschlägen gekauft, dagegen zu vollem Nominalwerte in die Bilanz eingestellt worden seien, während nach dem Gesetze, gleich wie bei Warenvorräten, höchstens der Anschaffungswert eingesetzt werden dürfe. Dieser Satz folgt aber durchaus nicht aus dem dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Prinzip, daß die Bilanzaufstellung die Darstellung der wirklichen Vermögenslage der Gesellschaft zu geben habe. Richtig ist allerdings, daß das neue deutsche Handelsgesetzbuch (gleich wie schon die Aktiennovelle von 1884) in § 261 Ziff. 1 vorschreibt, daß wie Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, so auch andere Vermögensgegenstände höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen seien, so daß also nach deutschem Rechte der Standpunkt des Klägers allerdings begründet wäre; es mögen auch vielleicht, speziell in betreff der Bilanz der Aktiengesellschaft legislative Gründe für denselben sprechen. Allein dem geltenden schweizerischen Rechte ist die Regel, daß der Anschaffungspreis der höchste zulässige Bilanzwert sei, als eine allgemeine fremd, und es ist ja auch klar, daß nicht behauptet werden kann, der wirkliche Wert eines Vermögensgegenstandes, speziell einer Schuldbrieforderung, könne den Betrag des Anschaffungspreises nicht übersteigen. Im Gegenteil geht natürlich gerade beim Ankaufe von Schuldbriefen zur Weiterveräußerung der Käufer des Schuldbriefes gewiß davon aus, daß der von ihm bezahlte Ankaufspreis den Wert, welchen der Schuldbrief in seinem Geschäfte darstelle, nicht erreiche. Wenn der Kläger behauptet hat, das Gesetz verlange für die Bilanz der Aktiengesellschaft die Einsetzung des niedrigsten Wertes, also davon ausgeht, es dürfe in die Bilanz der Aktiengesellschaft nicht der volle Wert eingesetzt werden, so ist dies nicht richtig; so weit das Gesetz nicht Sonderbestimmungen für einzelne Bilanzposten aufstellt, darf in die Bilanz der Aktiengesellschaft der volle Wert der Vermögensgegenstände eingesetzt werden. Daß im übrigen die für den Schuldbriefbestand in die Bilanz eingesetzten Wertansätze sich nicht in den Grenzen einer nach vernünftigem Ermessen unter Würdigung aller Umstände angenommenen Schätzung des Wertes dieser Briefe bewegen, hat der Kläger weder bestimmt behauptet, noch weniger zum Beweise verstellt, und es erscheint dies überhaupt nach den Akten als ausgeschlossen.

(22. Juni 1901 Dr. Schweitzer c. Hypothekarbank Zürich.)

Handelsgericht Zürich.

I. Markenrecht.

In der bloßen Verwendung einer Marke, welche nicht als Nachbildung einer bestimmten andern erscheint, liegt auch nicht der Thatbestand der illoyalen Konkurrenz. — Anspruch auf gerichtliche Feststellung eines Markenrechtes. Beschränkung desselben auf das Gebiet der Schweiz.

Am 11. Oktober 1899 ließ A. Schmidt, Apotheker in Basel, für ein von ihm erstelltes chemisch-pharmaceutisches Präparat unter Nr. 11515 beim eidgen. Amt für geistiges Eigentum eine Marke eintragen, welche

ein aufrechtstehendes Oval repräsentiert, dessen inneres weißes Feld von einem auf den Hinterfüßen stehenden, von rechts nach links schreitenden und die Vorderbeine erhebenden Greif ausgefüllt ist, während das die Umrahmung bildende, gleichmässig breite schwarze Band in weißen Lettern im obern Teil das Wort „Vasapon„ und im untern das Wort „Schutzmarke“ enthält. Diese Marke sollte für den Handel mit einem als Vasapon bezeichneten Produkt dienen, das, sowohl als Flüssigkeit wie in festem Zustand andere ihm beizumischende Medikamente (Jod, Jchthyol etc.) zu lösen und so dem Körper zuzuführen bestimmt war. Bald nach der Eintragung trat Schmidt die Produktion des Vasapon samt der Marke an die klägerische Firma Bohny, Hollinger & Cie. ab, welche in Basel den Handel mit Droguen und chemisch- pharmaceutischen Produkten betreibt. Dieselbe brachte den Artikel im Sommer 1900 in den Handel und ließ die genannte Marke am 31. August 1900 unter Nr. 12498 auf ihren Namen übertragen; am folgenden Tag meldete sie noch die reine Wortmarke „Vasapon“ Nr. 12499 ebenfalls für chemisch- pharmaceutische Präparate an. Eine weitere Wortmarke Nr. 12765 „Vasoval“ erwarb sie für dieselbe Warengattung am 13. Dezember 1900. Diese beiden letztern Marken werden wie die erste speziell für den Vertrieb des oben bezeichneten Produktes verwendet.

Schon am 20. Juli 1893 war unter Nr. 6513 auf den Namen W. E. Pearson die Wortmarke „Vasogen“ für pharmaceutische Produkte in Bern eingetragen worden, welche unter Nr. 8249 am 30. März 96 auf E. T. Pearson in Hamburg überging. Unter dem gleichen Datum ließ dieser eine gemischte Marke eintragen, welche aus einem liegenden Oval besteht, in dessen weißer Innenfläche eine ruhende, von links nach rechts blickende Sphinx mit aufgestützten vordern Gliedmassen erscheint, während der oben und unten breite, nach den Seiten hin verlaufende schwarze Rand im obern Teil in weißen Lettern das Wort „Vasogen“ enthält. Beide Marken gingen dann an die Beklagte über, die im Jahr 98 in Hamburg gegründete Vasogenfabrik Pearson & Cie., welche von der Übertragung am 12. April a. c. beim eidgen. Patentamt Vormerk nehmen ließ. Weiter bewirkte sie aber auch im deutschen wie im schweizerischen Markenregister auf ihren Namen den Eintrag der Wortmarke „Vasapon“ und zwar im erstern am 18. Juli und im letztern am 30. Okt. 1900. Die Vasogenmarken, wie die beklagte Vasaponmarke werden zur Bezeichnung eines ebenfalls in flüssiger wie in fester Form verwendeten Produktes benützt, das in gleicher Weise und zum gleichen Zwecke wie das klägerische gebraucht wird.

Der klägerische Vertreter brachte vor: Das Wort „Vasapon“, eine Zusammensetzung aus „Vaseline“ und „Sapo“ (latein. Wort für Seife) welches die Natur der betreffenden Ware als Verseifungsprodukt von Vaseline bezeichne, sei vom Rechtsvorgänger der Klägerin, Schmidt erfunden worden. Er habe dasselbe auch zuerst für seine Marke verwendet, so daß der Klägerschaft allein der Gebrauch des Wortes in dieser Richtung zustehe. Demgemäß sei 1. die auf den Namen der Beklagten eingetragene Marke „Vasapon“ zu löschen, und 2. festzustellen, daß der Klägerin ein ausschließliches Gebrauchsrecht auf dieses Wort zustehe. Weiter sei ihr das Recht zuzusprechen, das Urteil auf Kosten der Beklagten in drei Fachblättern veröffentlichen zu lassen.

Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage und Gutheißung einer Widerklage an, wonach die klägerischen Marken Nr. 12498, 12499 und 12765 nichtig zu erklären seien. Zur Begründung dieser Begehren wurde angeführt:

Das von der Beklagten unter der Bezeichnung „Vasogen“ in den Handel gebrachte Produkt bilde ein aus oxygenierten und mit Sauerstoffträgern angereicherten Kohlenwasserstoffen hergestelltes Präparat. Zufolge seiner hervorragenden Eigenschaften und einer umfassenden Propaganda habe es in der Schweiz und überhaupt in Europa einen großen Absatz gefunden, woraus die Klägerin Anlaß genommen habe, mit ihrem angeblich einen billigeren Ersatz der Vasogen- Präparate darstellenden Produkt unter dem Namen „Vasapon“ der Beklagten eine unzulässige Konkurrenz zu bereiten.

Die Bezeichnung „Vasapon“ verdiene nun deshalb keinen Schutz, weil sie offenbar nur dazu gewählt worden sei, um die Käufer des Vasogens irrezuführen. Die Worte Vasogen und Vasapon seien für Auge und Ohr äußerst ähnlich, und was die sprachliche Zusammensetzung anbelange, so liege betr. die erste Silbe völlige Identität und für die zweite und dritte erhebliche Gleichförmigkeit vor, indem dieselben bei beiden Wörtern gleichviel Buchstaben und eine übereinstimmende Verteilung von Vokalen und Konsonanten aufweisen. Von einer freien Erfindung des Wortes Vasapon seitens des Rechtsvorfahren der Klägerin und von einem Individualrecht der letzteren auf diese Bezeichnung könne unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Ebenso klar wie bezüglich der Wortmarke liege die Nachahmungsabsicht der Beklagten bezüglich der gemischten Marke zu Tage. Diesfalls sei auf die Ähnlichkeit der Form dieser Marken und die Qualität der sie zusammensetzenden Elemente im allgemeinen zu verweisen und im einzelnen zu sagen, daß das von der Klägerin verwendete Tierbild sich weder durch die Art noch durch seine Stellung genügend vom beklagtischen unterscheide. Die Absicht der Klägerschaft, die Kunden der Beklagten durch Nachbildung ihrer Marken an sich zu reißen, werde durch deren sonstiges Vorgehen noch durchsichtiger, indem auch die von der Klägerin verwendeten Vasogen-Flaschen in Form und Farbe, ebenso die Etiketten und Verschlußkapseln in täuschender Ähnlichkeit von der Beklagten verwendet werden. Das Gleiche sei bezüglich der Anordnung der Preislisten zu sagen. Bei allem müsse berücksichtigt werden, daß die Abnehmer des beklagtischen Produktes sich nicht etwa nur aus Ärzten und Apothekern, sondern auch aus dem gewöhnlichen Publikum zusammensetzen, indem das Vasogen sowohl rein wie mit andern Medikamenten vermischt ohne äztliche Anordnung an letzteres abgegeben werde.

Lediglich um dem illoyalen Gebahren der Klägerin wirksam entgegenzutreten, habe die Beklagte ihrerseits die Marke „Vasapon“ in Deutschland und der Schweiz eintragen lassen. Thatsächlich stehe auch der Beklagten allein ein Individualrecht an allen ähnlich wie „Vasogen“ lautenden Bezeichnungen zu, und dahin gehören speziell Namen wie Vasapon und das neuestens von seiten der Klägerin eingetragene „Vasoval“, gegen welches sich Ziff. 3 der Widerklage richte. Eventuell sei die Widerklage gestützt auf Art. 50 ff. Obl.- R. vom Gesichtspunkte der illoyalen Konkurrenz aus gutzuheißen. Weiter event. sei der Klägerin ein Vorrecht auf das Wort Vasapon nur in der Schweiz und auch da nur für andere Waren als pharmaceutische Produkte zuzuerkennen.

Das Gericht hieß die Hauptklage im wesentlichen gut, wies dagegen die Widerklage ab.

Gründe:

1. Die Beklagte bestreitet mit Recht nicht, daß ihre schweizerische Marke „Vasapon“ Nr. 12639 der klägerischen Marke 12499 nachgebildet sei und ebensowenig bestreitet sie, daß diese Bezeichnung an sich geeignet sei, als reine Wortmarke verwendet zu werden, was übrigens auch keinem Zweifel unterliegt, da es sich hier offenbar nicht um eine Gattungsbezeichnung der in Frage kommenden Ware handelt. Die Beklagte stützt die Bestreitung der Hauptklage und die Begründung der Widerklage nur darauf, daß jene Bezeichnung nicht neu, vielmehr ihrerseits eine unberechtigte Nachbildung des Wortes „Vasogen“ sei, an welchem ihr, der Beklagten, ein alleiniges Gebrauchsrecht zukomme, und daß ebenso die gemischte Marke der Klägerin lediglich auf einer Nachahmung der ihrigen beruhe. Falls sich dieser Standpunkt als unhaltbar erweist, muß die Hauptklage im Prinzip geschützt werden.

2. Die Frage, ob eine Nachahmung vorliege, kann im Ernste nur bezüglich des von der Beklagten verwendeten Wortes der Bezeichnung „Vasogen“ aufgeworfen werden, wobei für die Entscheidung die Art der Abnehmer und deren Unterscheidungsvermögen maßgebend ist. In dieser Beziehung hat die Klägerin vortragen lassen, daß die Abnehmer ihres Produkts sich nur aus Ärzten und Apothekern zusammensetze, und diese Behauptung ist von der Beklag-

ten unwidersprochen geblieben. In diesem Falle kann aber füglich ununtersucht bleiben, ob die Behauptung der Beklagten, ihr Vasogen und dessen Zusammensetzungen werde auch direkt an das Publikum, d. h. ohne ärztliche Ordination, abgegeben, richtig sei, da ja eine Verwechslung durch den Laien ausgeschlossen ist, sobald diesem bloß das eine der beiden Präparate ohne Mitwirkung des Arztes zugänglich ist. Darnach muß es genügen, wenn die Gefahr einer Verwechslung der beiden Marken Vasogen und Vasapon durch Ärzte und Apotheker ausgeschlossen ist, was unbedenklich angenommen werden darf. Infolge ihres speziellen Berufes sind diese Personen darauf angewiesen, auch scheinbar geringfügige Abweichungen in den Bezeichnungen der einzelnen Medikamente zu beachten. Übrigens ist, selbst wenn man annehmen wollte, es werden beide Präparate — abgesehen natürlich von denjenigen Verbindungen, bei welchen wegen Giftigkeit der Beimischung ein freier Verkauf nicht erlaubt ist — auch direkt an das Publikum abgegeben, die Ähnlichkeit der beiden Worte keineswegs groß genug, um die Gefahr einer Verwechslung als gegeben erscheinen zu lassen. Dabei darf vorausgesetzt werden, daß auch der Laie, wenn es sich um die Beschaffung von Medikamenten handelt, mit mehr Aufmerksamkeit zu Werke geht, als dies bei der Dekung der Bedürfnisse des täglichen Lebens geschehen mag, weil dort die Gefahr viel größer ist, daß der gewünschte Zweck überhaupt nicht erreicht wird, wenn statt des wirklich gewollten Mittels ein anderes, wenn auch ähnliches und daher ähnlich lautendes angewendet wird.

3. Was sodann die gemischten Marken der Parteien betrifft, so kann hier von einer die Unterscheidung gefährdenden Ähnlichkeit nicht im entferntesten die Rede sein. Natürlich kommt hier nur noch der Gesamteindruck beider Marken in Frage, auch soweit diese sprachliche Bestandteile enthalten; denn da diese letztern, insofern sie selbständigen Schutzes fähig sind, mit den bereits behandelten Wortmarken genau übereinstimmen, so kann hiefür einfach auf das sub Erw. 2 Ausgeführte verwiesen werden. Der figurative Teil zerfällt in den Rahmen und das von demselben umschlossene Tierbild. Bei ersterem ist schon die Form auf beiden Marken total verschieden, bei der Klägerin ein stehendes, bei der Beklagten ein liegendes Oval. Dort ist der Rand oben und unten dick, und nach den Seiten ganz dünn verlaufend, hier überall gleichmäßig breit. Und was die beiden Tiere anbetrifft, so liegt in der That die einzige Ähnlichkeit darin, daß beide der Sage angehören. Von einer Verwechslungsgefahr hier reden zu wollen, wird im Ernste niemand einfallen. Aus dem Gesagten folgt ohne weiteres die Abweisung von Punkt 1 und 2 der Widerklage, sodann aber auch diejenige von Punkt 3, da bezüglich der klägerischen Marke „Vasoval" das nämliche gilt, was in Erw. 2 über die Marke „Vasapon" gesagt wurde. Umgekehrt ist klar, daß Rechtsbegehren 1 der Hauptklage im vollen Umfange zu schützen ist. Allerdings hat die Beklagte ihre Widerklage nicht nur vom Standpunkte der Markenrechtsverletzung, sondern auch von demjenigen der illoyalen Konkurrenz aus begründet. Indessen liegt auf der Hand, daß auch diese Klagebegründung nicht Stich hält. Denn wenn eine Verwechslung zwischen den Zeichen „Vasapon" und „Vasogen" ausgeschlossen ist, so kann in der Verwendung des ersteren natürlich auch keine illoyale Konkurrenz gegenüber der Beklagten erblickt werden. Will aber behauptet werden, daß die Klägerin durch Anwendung anderer Mittel (z. B. Benutzung ähnlicher Flaschen, Etiketten und Verschlußkapseln) eine Verwechslung zwischen den beiderseitigen Präparaten herbeigeführt habe, so müßte sich die Widerklage nicht gegen den Bestand der klägerischen Marke, sondern gegen jenes andere Verhalten der Klägerin richten.

4. Mit Rechtsbegehren 2 verlangt die Klägerin, daß ihr Individualrecht an dem Worte „Vasapon" gerichtlich — und zwar ohne eine Beschränkung auf das Gebiet der Schweiz — festgestellt werde. Dieses Begehren kann indessen nicht im vollen Umfange geschützt werden, da die Beklagte ihren allgemeinen Gerichtsstand im Ausland hat und nicht ersichtlich ist, aus welchen Bestimmungen die Kompetenz des

Handelsgerichts für eine derartige, auch das Ausland treffende, Feststellung herzuleiten wäre. Dagegen steht nichts im Wege, dem gestellten Begehren wenigstens für das Gebiet der Schweiz zu entsprechen, da hiedurch nur das Recht der Klägerin an der zu ihren Gunsten eingetragenen schweizerischen Marke deklariert wird, welches Recht die Beklagte durch Hinterlegung ihrer Marke 12639 verletzt hat. Ist das Gericht nach Art. 30 des Markenschutzgesetzes kompetent, die Beklagte zur Löschung der erwähnten Marke anzuhalten, weil dieselbe einen Eingriff in das klägerische Markenrecht enthält, so ist es natürlich auch befugt, die Existenz dieses Markenrechts in einem besonderen Urteilsdispositiv auszusprechen.

5. Dem weitern Begehren der Klägerin, ihr die Publikation des Urteilsdispositivs auf Kosten der Beklagten in drei Fachzeitschriften zu gestatten, steht nichts im Wege, zumal da das Vorgehen der letztern in der That geeignet war, unter den Abnehmern der Klägerin in hohem Maße Verwirrung anzurichten.

(21. Juni 1901, Bohny, Hollinger & Cie. c. Pearson & Cie.)

II. Kompetenz.

§ 95 G. b. Rpfl.

H. Sax war Direktor der Zürcher Filiale der Bank in Baden und als solcher bis 5. April 1900 im Handelsregister eingetragen. Er stand mit der Bank in einem Konto-Korrentverhältnis, den Abschluß per 31. Dezember 1900 mit einem Saldo zu seinen Lasten von Fr. 156,171 anerkannte er am 19. Januar 1901 ausdrücklich. Im Herbst 1899 erlitt die Bank bedeutende Verluste, für die sie den Direktor H. Sax verantwortlich zu machen können glaubte. In einer Verwaltungsratssitzung vom 9. Oktober 1899 anerkannte dieser grundsätzlich seine Verantwortlichkeit für ihm zur Last fallende Kompetenzüberschreitungen. Auf sein Gesuch wurde aber die „Frage der Verantwortlichkeit" einstweilen ruhen gelassen, damit er sich möglichst auf die Geschäfte der Bank konzentrieren könne. Zur Sicherstellung einer Schadensersatzforderung lobte er letzterer am 12. Oktober 1899 einen Kreditversicherungsbrief für Fr. 125,000 auf seine Villa Sumatra in Zürich IV an, und am 14. November gleichen Jahres wandelte er denselben in einen Schuldbrief um. Am 26. Februar 1901 räumte er der Bank das Verfügungsrecht über die Villa Sumatra ein, und dieselbe verkaufte diese im März ds. Jahres in seinem Namen an J. Maggi um Fr. 335,000. Da auf der Liegenschaft Fr. 435,000 an Hypotheken lasteten, mußte der Schuldbrief von Fr. 125,000 auf Fr. 25,000 reduziert werden.

Die Bank in Baden stellte nun mittelst Klage beim Handelsgericht gegen H. Sax folgende Forderungen:

a) Fr. 23,978 nebst Zins à 5 % seit 18. März 1901, aus ihrem Kontokorrentverkehr mit ihrem Beklagten vom 1. Januar bis 18. März 1901. Sie führte aus, dieser Kontokorrent habe sich wenigstens bis Ende 1899 auf Spekulationen des Beklagten in Börsenpapieren bezogen, daneben umfasse er die familiären Geldgeschäfte desselben. Die genannte Kontokorrentforderung zerfällt in drei Soll-Posten, nämlich Fr. 6250 als nachträgliche Belastung des Beklagten für den Zins à 5 % des obengenannten Schuldbriefes vom 1. Oktober 1899 bis 1. Oktober 1900, weiter Fr. 5237. 20 Cts. als rückständige Zinsen auf vorgehende auf der Villa Sumatra haftende Hypotheken und Fr. 2055. 55 Cts. Kontokorrentzinsen, — alles abzüglich einer Reihe von Haben-Posten.

b) Fr. 9138 nebst Zins à 4½ % seit 1. September 1901 für einen Mehrwertsbeitrag an ein Anschlußstück der Weinbergstrasse, den die Klägerin für den Beklagten als Eigentümer der Villa Sumatra an die Stadt Zürich zu bezahlen gehabt habe.

c) Fr. 65,000 nebst Zins à 5 % seit 1. April 1901 als Ausfall auf dem Schuldbrief von Fr. 125,000, abzüglich weiterer Leistungen des Beklagten.

Zur Begründung der Kompetenz des Handelsgerichtes hat die Klägerin vorgebracht:

In persönlicher Beziehung sei diese dadurch gegeben, daß der Beklagte als Prokurist der Klägerin im Handelsregister eingetragen sei, und es sich um Geschäfte

handle, die jedenfalls in der Hauptsache aus der Zeit vor seiner Streichung in demselben herrühren. — Hinsichtlich der sachlichen Kompetenz: Der Streit beziehe sich zwar nicht „auf das Gewerbe der Beklagten", dagegen auf „Handelsverhältnisse überhaupt". Als ein solches sei der Kontokorrent zu betrachten, welcher der 1. Forderung zu Grunde liege, bei der 3. handle es sich um ein seitens der Klägerin dem Beklagten gewährtes Darlehen; in ein solches sei nämlich das bisherige schuldbriefliche Darlehen von Fr. 125,000 später nach Maßgabe der Reduktion des Titels umgewandelt worden. Es handle sich dabei in keiner Weise um die Schadenersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten wegen seiner unrichtigen Geschäftsführung als Direktor, für eine derartige Verantwortlichkeitsklage wäre nach § 41 der Bankstatuten ausdrücklich eine schiedsgerichtliche Erledigung vorbehalten. Durch die am 14. November 1900 erfolgte Umwandlung des Kreditversicherungsbriefes von Fr. 125,000 in einen Schuldbrief im gleichen Betrage habe der Beklagte selber eine bezügliche Schadensersatzforderung der Klägerin bis auf Fr. 125,000 anerkannt und diese Schuldanerkennung habe er ausdrücklich mündlich schon in der Vorstandssitzung der Klägerin vom 25. Oktober 1899 erklärt und später wiederholt erneuert. Bei der 2. Forderung von Fr. 9138 (Ersatz eines Mehrwertsbeitrages) sei das Handelsgericht gemäß § 98 des Rechtspflegegesetzes auf Grund der materiellen Konnexität dieses Verhältnisses mit den beiden andern Forderungen zuständig.

Das Handelsgericht verneinte seine Kompetenz.

Gründe.

In einem obergerichtlichen Rekursalentscheid vom Jahre 1880 (Sträuli Komm. z. G. b. Rpfl. § 95 Nr. 7) ist zwar erklärt worden, das in § 95 des Rechtspflegegesetzes für die Kompetenz des Handelsgerichtes vorgeschriebene persönliche Erfordernis, daß der Beklagte im Ragionenbuch eingetragen sein müsse, sei erfüllt mit Bezug auf einen im Handelsregister, — das an Stelle des Ragionenbuches getreten ist (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. 19, S. 321), — eingetragenen Prokuristen; indes in der Meinung, daß dieser nur für Ansprüche, welche sich auf eben diese Stellung beziehen, vor dem Handelsgericht belangt werden könne, während er im übrigen als nicht ragionierte Person seinen Gerichtsstand vor den ordentlichen Gerichten habe. Dies muß aber dahin präzisiert werden, daß der Prokurist — im Unterschied zum Anteilhaber einer Kollektivgesellschaft (vgl. hierüber Sträuli a. a. O. Nr. 6 u. Nr. 8 lit. a) — nicht in seinem eigenen Namen eingetragen ist, sondern in dem seines Prinzipals, der dadurch die Vertretungsbefugnis anzeigt. Hieraus ergiebt sich, daß Klagen des Prinzipals gegen seinen im Handelsregister eingetragenen Angestellten überhaupt nicht vor das Handelsgericht gebracht werden können, woran schon in der bisherigen Praxis regelmässig festgehalten wurde (vgl. die bei Sträuli Komm. Suppl. z. § 95 Nr. 7 lit. i genannten Entscheidungen, — abweichend, aber ohne Motivierung Handelsr. Entsch. Bd. XI S. 45), freilich mit der Begründung, daß es hiebei an der sachlichen Kompetenz des Handelsgerichtes fehle, indem es sich um nur einseitige Handelsgeschäfte d. h. solche, die es bloß für den Prinzipal seien, handle. In Deutschland sind zwar kraft besonderer Gesetzesbestimmungen (d. Gerichtsverfassungsgesetz von 1877, § 101, Ziffer 3. lit. e) die Streitsachen zwischen Prokuristen, sowie andern kaufmännischen Angestellten und dem Prinzipal an die Kammern für Handelssachen verwiesen, aber als „Kaufmann" gilt der kaufmännische Angestellte nicht, vielmehr gemäß Art. 4 des alten und § 4 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches nur, „wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte" bezw. „ein Handelsgewerbe" betreibt, d. h. selbständig, in eigenem Namen, und es darf unbedenklich angenommen werden, daß nach der Willensmeinung des Rechtspflegegesetzes nur eigentliche Kaufleute im genannten Sinne der Jurisdiktion des Handelsgerichtes unterworfen sein sollen (vgl. Rech.-Ber. d. Oberger. 1884 Nr. 155). In gewissem Maße kommt dies auch darin zum Ausdruck, daß § 95 Ziffer 1 G. b. Rpfl. als sachliche Voraus-

setzung der handelsgerichtlichen Kompetenz — allerdings nur alternativ — verlangt, daß der Streit sich auf „das vom Beklagten betriebene Gewerbe“ bezieht, wovon eben nur bei einem selbständigen Kaufmann die Rede sein kann. Diese Auffassung bedingt freilich, daß die Kompetenz des Handelsgerichtes bei Klagen gegen nicht selbständig ragionierte Beklagte auch für Streitsachen, die sich auf „Handelsverhältnisse überhaupt“, wie z. B. Differenzgeschäfte beziehen, wenigstens gemäß § 95 cit. und vorbehältlich der schiedsgerichtlichen Kompetenz des § 102 G. b. Rpfl. als ausgeschlossen erscheint; im vorliegenden Falle, wo der Beklagte die Kompetenz bestreitet, kann aber vom letztern Kompetenzgrund überhaupt nicht die Rede sein.

Im übrigen würde es in concreto jedenfalls auch an der in § 95 verlangten sachlichen Voraussetzung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit fehlen und zwar nicht bloss — worüber die Parteien einig sind, — an einem Gewerbebetrieb des Beklagten, worauf der Streit sich zu beziehen hätte, sondern auch an dem Requisit, daß dieser „auf Handelsverhältnisse überhaupt“ Bezug habe, d. h. wie vom Handelsgerichte in neuer Zeit konstant entschieden worden ist, an einem „absoluten Handelsgeschäft“ (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XX S. 144 u. die dortigen Präjudizien). Denn die 1. Forderung gründet sich teils auf ein Kontokorrentverhältnis, das nach der herrschenden Auffassung nicht als absolutes Handelsgeschäft gilt (vgl. a. d. Hand.-G.-B., Art. 272, Ziff. 2 u. Riesser, „Grundgedanken in den kodifizierten Handelsrechten aller Länder“, Stuttgart 1892, S. 36), teils, — mit Bezug auf die eingeklagten Schuldbriefe und Kontokorrentzinsen, — auf rein bürgerliche Verhältnisse und Nichthandelssachen; die 3. Forderung dagegen hat nach der hiefür maßgebenden klägerischen Behauptung und Begründung einen vom Beklagten anerkannten Schadensersatzanspruch aus seiner Anstellung bei der Klägerin zum Gegenstand, der dann aber durch Anlobung eines Schuldbriefes von Frk. 125,000 in diese Hypothekarschuld des Beklagten teilweise noviert worden sei, und es wird nun im Prozesse der Beklagte für einen hierauf entstandenen Verlust belangt, was offenbar ebenfalls keine Handelssache bildet. Für die 2. Forderung, auf Ersatz einer von der Klägerin für den Beklagten in Erfüllung eines Mandates geleisteten Auslage (Mehrwertsbeitrag) ist von der Klägerin lediglich der Kompetenzgrund des § 98 G. b. Rpfl., d. h. der materiellen Konnexität untergeordneten Streitpunkte mit einer eingeklagten Handelssache, angerufen worden, während nach dem Gesagten letztere Voraussetzung hiebei fehlt. (11. Juni 1901.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

Quartierplanverfahren.

Zusprechung eines Zuschlages für Unfreiwilligkeit der Abtretung von Land im Quartierplanverfahren.

Gründe:

Die Kläger stellen das Begehren, es sei ihnen für die Abtretung ihres Gartenlandes ein Unfreiwilligkeitszuschlag zu bewilligen. Die Einwendung, die in erster Linie hiegegen erhoben wurde, daß im Quartierplanverfahren die Zusprechung eines solchen Zuschlages prinzipiell unmöglich sei, hält nicht Stich. Gemäß § 26 des städtischen Baugesetzes erfolgt „die Ermittlung der Entschädigung, insbesondere die Wertung der in Abtretung fallenden Parzellen“ im Quartierplanverfahren nach dem Gesetze über die Abtretung von Privatrechten. Dieses giebt aber in § 13 dem Richter die Möglichkeit, für Unfreiwilligkeit der Abtretung von Land einen Zuschlag von höchstens 20 % des Verkehrswertes zu bewilligen. Nun ist allerdings richtig, daß die Gerichte in der Regel von dieser Fakultät in Quartierplanprozessen keinen Gebrauch machen und zwar deshalb, weil davon auszugehen ist, daß die Durchführung des Verfahrens im Interesse und im Wunsche der Quartiergenossen liege, deren Land der Bebauung erschlossen werden soll. Allein diese Erwägung schließt die rechtliche Möglichkeit, einen Zuschlag zu

gewähren, nicht aus, und der Richter wird dies denn auch in solchen Fällen thun, wo die eben genannten, das Zuschlagsbegehren nicht rechtfertigenden Gründe, nicht zutreffen. Dies muß aber für den vorliegenden Fall gesagt werden. Das Besitztum der Kläger ist ein alter Familiensitz; neben dem Wohnhause liegt ein großer, in ruhiger Lage längs des Sihlkanals sich hinziehender Garten mit angenehmen Ruheplätzen im Innern sowohl als am Kanalufer, der wegen seiner Lage mitten in der Stadt den Eigentümern besonders wertvoll sein muß. Es erscheint daher sehr begreiflich und ist ohne weiteres als richtig anzunehmen, wenn diese erklären, daß sie die Durchführung der Sihlhofstrasse nicht wünschen. Auch wenn sie ihnen schließlich Vorteile bringen wird, so ist dennoch wohl glaubhaft, daß sie lieber ihren Familiensitz, speziell ihren ruhigen Garten, intakt erhalten wollen.

Ist also in diesem Falle ausnahmsweise die Zusprechung eines Unfreiwilligkeitszuschlages als begründet zu erklären, so frägt es sich weiter, ob es richtig sei, denselben — wie die Schätzungskommission dies thut — deshalb zu verweigern, weil den Klägern für ihr abzutretendes Land Bauplatzpreise vergütet werden. Doch ist die Frage zu verneinen. Nach ständiger Gerichtspraxis wird der Zuschlag da gegeben, wo dem Eigentümer durch die Wegnahme des Landes ideelle Nachteile erwachsen. (H. E. B. XVII S. 51.) Gehen daher Schätzungskommission und Gerichte davon aus, daß durch einen Ansatz von 155 Fr. und 110 Fr. per m^2 die Kläger für die ökonomischen Nachteile der Abtretung des Landes in richtiger Weise entschädigt seien, so kommt ihnen damit nur zu, worauf sie gemäß § 11 des Expropriationsgesetzes einen rechtlichen Anspruch haben („voller Ersatz aller Vermögensnachteile") und es ist ganz unabhängig davon die Frage zu prüfen, ob ein Unfreiwilligkeitszuschlag gerechtfertigt sei.

Daß aber im gegebenen Falle den Klägern in der That ideelle Nachteile erwachsen, ist durch das Gesagte bereits nachgewiesen worden. Die Kläger haben sich denn auch der Durchführung des Quartierplanverfahrens widersetzt und wenn schließlich der Regierungsrat gegen sie entschieden hat, so wurden doch die Gründe ihrer Weigerung als richtig anerkannt und wurden sie auf die Möglichkeit vertröstet, daß ihre besondere Stellung im Schätzungs- und gerichtlichen Verfahren gewürdigt werden könne. Dies geschieht aber am richtigsten durch die Bewilligung eines Zuschlages von 10 % für Unfreiwilligkeit der Landabtretung.
(5. Juli 1901, i. S. Bürkli c. Stadt Zürich.)

Rechtslitteratur.

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Berücksichtigung der Praxis der Bundesbehörden und Entscheidungen kantonaler Gerichte und Aufsichtsbehörden, für den praktischen Gebrauch erläutert von Dr. C. Jaeger, Mitglied des schweizer. Bundesgerichtes. III. Abteilung. Zürich, Verlag: Art. Institut Orell Füssli. Preis 3 Fr. 3 Mk.

Mit der III. Abteilung, welche kürzlich die Presse verlassen hat, ist dieser besonders in juristischen Kreisen sehnlichst erwartete Kommentar zum Abschluß gelangt. Wir verfehlen nicht, an dieser Stelle nochmals des zuverlässigen Ratgebers für das vielgestaltige Betreibungs- und Konkursrecht empfehlend zu erwähnen, obwohl das Werk sich mit seinen beiden ersten Abteilungen bereits so gut eingeführt hat, daß es der Empfehlung eigentlich nicht mehr bedarf.

Die Schlußlieferung behandelt in erster Linie das Konkursverfahren: Feststellung der Konkursmasse, Schuldenruf, Verwaltung, Erwahrung der Konkursforderungen, Kollokation der Gläubiger, Verwertung, Verteilung und Schluß des Konkursverfahrens. Ferner werden der Arrest, besondere Bestimmungen über Miete und Pacht, die Anfechtungsklage, der Nachlaßvertrag und die Übergangsbestimmungen eingehend erörtert und für die juristische Praxis erläutert. Ein Anhang bringt den Gebührentarif des Bundesrates vom 1. Mai 1891 und ein ausführliches alphabetisches Sachregister bildet den Schluß.

Das komplette Werk, das jetzt auch gebunden zum Preise von 10 Fr. zu haben ist, präsentiert sich als ein stattlicher Band von 644 Seiten in der Reihe der „Schweizerischen Rechtsbücher" und ist ein so wichtiges Handbuch, daß dasselbe in die Bibliothek nicht nur des Juristen, sondern auch jeden Kaufmanns gehört.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Oktober 1901. XX. Band. No. 19.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes betr. a) Pfändung von Renten, b) Grundpfandverwertung. II. Urteile des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Genossenschaft, b) Kauf. III. Rechtslitteratur.

Schweizerisches Bundesgericht.

I. Pfändung von Renten.

Anwendung von Art. 93 Sch.- u. K.-G. auf andere für den Lebensunterhalt bestellte Renten. — Pfändung des Rentenrechtes, Verwertungsverfahren, Art. 132 Sch.- u. K.-G.

Durch Vergleich vom 10. Juni 1896 verpflichtete sich H. Studer, Bierbrauer in Olten, seiner Ehefrau, mit der er damals den Scheidungsprozeß führte, bis zu deren Ableben eine Jahresrente von Fr. 1500 zu bezahlen; hiefür bestellte er am 6. August 1896 eine „Hypothekardargabe" auf seinen Liegenschaften in Olten. Am 22. März 1897 gab die Rentengläubigerin, nunmehrige Frau M. Blaser geschiedene Studer in Zürich V, den genannten Hypothekartitel an Frau Marti geb. Werthmüller gegen ein Darlehen von Fr. 12,000 zu Faustpfand. In einer von dritten Gläubigern gegen Frau M. Blaser erhobenen Betreibung pfändete das Betreibungsamt Zürich V durch Vermittlung desjenigen von Burgdorf die dort verwahrte Hypothekardargabe, in der Pfändungsurkunde wurde sowohl die Rentenforderung, als auch die Faustpfandbestellung hieraus erwähnt.

Frau Blaser beschwerte sich über diese Pfändung und verlangte in erster Linie deren Aufhebung gemäß Art. 92 Ziff. 7, eventuell 10 Sch.- u. K.-G., eventuell aber, daß die Pfändung gemäß Art. 93 das. nur in beschränktem Maße zugelassen werde. Die erstinstanzliche kantonale Aufsichtsbehörde erklärte einen Rentenbetrag von Fr. 300 als pfändbar, mit der Begründung: Art. 92 Sch.- u. K.-G. falle außer Betracht, da nicht nachweisbar sei, daß die Rente als eine unpfändbare im Sinne des Art. 521 Obl.-R. bestellt sei. Wohl aber sei dieselbe einer solchen von „Versicherungs- und Alterskassen" gleichzustellen, also sei Art. 93 Sch.- u. K.-G. anwendbar; denn H. Studer habe mit der Rentenbestellung beabsichtigt, seine damalige Ehefrau vor Not zu bewahren; für deren Lebensunterhalt genügen aber Fr. 1200 jährlich.

Das Obergericht des Kantons Zürich, als zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde, an welche sowohl Frau Blaser als die betreibenden Gläubiger rekurriert hatten, entschied dahin: Die vorliegende Pfändung habe das Rentenrecht zum Gegenstand, obwohl nun die Gläubigerin der Rente diese durch deren Verpfändung als ihr entbehrlich anerkannt habe, so könne angesichts des voran-

gehenden Faustpfandrechts gegenwärtig von der Ausscheidung einer Rentenquote zu Gunsten der betreibenden Gläubiger nicht die Rede sein; ob und welcher Vermögenswert aber ihrem nachgehenden Rechte zukomme, mögen sie durch Verwertung der Rentenforderung feststellen lassen.

Durch Rekurs ans Bundesgericht verlangte Frau Blaser neuerdings, daß die Rente gemäß § 93 Sch.- u. K.-G. als unpfändbar erklärt, eventuell die pfändbare Quote reduziert werde, davon ausgehend, es sei der Hypothekartitel für die Jahresrente mit Inbegriff letzterer gepfändet. Die Pfändung hätte aber nach den Grundsätzen über Lohnpfändung vollzogen, d. h. es hätte nicht die Rente selbst, die unpfändbar sei, sondern ein Rentenbetreffnis gepfändet werden sollen; in jedem Falle aber sei das Pfändungsobjekt für die Rekurrentin unentbehrlich.

Das Bundesgericht hat den Rekurs abgewiesen, indes im Sinne folgender

Gründe:

1. Gegenstand der Pfändung vom 20. Juli 1900 war das Rentenrecht als Ganzes und nicht nur einzelne kraft desselben zu leistende Rentenzahlungen. Für letztere einschränkende Auslegung bietet der Wortlaut der Pfändungsurkunde keinen Anhaltspunkt. Eher ließe sich gestützt auf diesen Wortlaut die Auffassung vertreten, daß die Rente überhaupt nicht, sondern nur das sie sichernde Grundpfandrecht vom Pfändungsakte ergriffen worden sei, und zwar deshalb, weil in der Pfändungsurkunde bloß der Pfanddargabetitel vom 6. August 1896 ausdrücklich als gepfändet erklärt werde. Indessen entspricht ein derartiger ungenügender, für die betreibenden Gläubiger ökonomisch wertloser Vollzug der Pfändung weder dem von der requirierenden Behörde erteilten Auftrage, noch konnte er in der Absicht des requirierten Betreibungsamtes gelegen sein; dieses erwähnt denn auch in der Pfändungsurkunde das Rentenrecht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Hypothekartitel, und das in einer Weise, die seinen Willen, das Rentenrecht selbst mit dem Pfandrechte als Accessorium zu pfänden, hinreichend deutlich erkennen lässt.

2. Es frägt sich sodann, gemäß welchen gesetzlichen Bestimmungen die Rekurrentin der Pfändung der Rente gegenüber ein Kompetenzprivileg geltend machen könne. Nun hat Frau Blaser bereits vor der Vorinstanz und nachher auch vor Bundesgericht auf die Vorschriften der Ziffern 7 und 10 des Art. 92 des Betreibungsgesetzes nicht mehr abgestellt. In der That fehlt es auch einerseits an jeglichem Nachweise darüber, daß man es mit einer als unpfändbar bestellten Rente im Sinne der Ziff. 7 cit., bezw. des Art. 521 des Obligationenrechtes zu thun habe, noch kann anderseits von der Anwendung der Ziff. 10 cit. auf vorliegenden Fall ernstlich die Rede sein. In Betracht kommt also lediglich noch, ob ein Fall relativer Unpfändbarkeit des Art. 93 des Betreibungsgesetzes vorliege oder nicht.

3. Dabei ist vorerst zu entscheiden, ob überhaupt eine Rente, wie die vorliegende, zu den in Art. 93 vorgesehenen Einkommensarten gehöre. Beide kantonale Instanzen haben diese Frage bejaht, die erste ausdrücklich, die zweite implicite damit, daß sie darüber erkannte, ob die Rente für die Rekurrentin unumgänglich notwendig sei, oder nicht. Dieser Auffassung der zürcherischen Aufsichtsbehörden ist beizustimmen: Allerdings werden solche Renten in Art. 93 nicht ausdrücklich genannt, und lassen sie sich namentlich auch nicht ohne weiteres zu den daselbst erwähnten „Renten von Versicherungs- und Alterskassen“ zählen. Dagegen sind dieselben offenbar den in Art. 93 genannten Nutznießungen gleichzustellen, indem sich keinerlei Grund einsehen läßt, weshalb die Nutzungen aus einer Rente anders behandelt werden sollten, als Nutznießungen. Wenn neben diesen Nutznießungen die Renten von Versicherungs- und Alterskassen noch speziell genannt werden, so kann dies nicht die Bedeutung haben, daß der Art. 93 nur auf diese beschränkt werden wollte, sondern der Gesetzgeber hat entweder übersehen, daß dieselben schon in den Nutznießungen inbegriffen sind, oder er wollte jeden Zweifel über ihre Subsumtion unter den Artikel ausschließen.

Fällt nach dem Gesagten die fragliche Rente an sich unter Art. 93, so frägt sich

im weitern, ob das Requisit der unumgänglichen Notwendigkeit derselben für die Schuldnerin im Sinne dieses Artikels gegeben sei. Die Frage wäre zu verneinen, wenn trotz Verwertung des Rentenrechts auf andere Weise, zum Beispiel durch Pensionen, Alimentationsrechte etc., für den notwendigen Unterhalt der Schuldnerin und ihrer Familie auf alle Zeit gesorgt wäre. Sie wäre umgekehrt zu bejahen, wenn schon im Momente der Pfändung die Unentbehrlichkeit der Rente für den Unterhalt des Schuldners dargethan wäre. Zweifelhaft dagegen erscheint die Frage in dem vorliegenden Fall, wo die Entbehrlichkeit der Rente zwar für die Gegenwart gewiß, aber für die Zukunft ungewiß ist. Es könnte gesagt werden, daß hier, wie bei der Pfändung von Mobiliar, die gegenwärtigen Verhältnisse des Betriebenen entscheidend seien und auf die Zukunft keine Rücksicht genommen werden dürfe. Eine solche Argumentation stände jedoch im Widerspruch mit dem Zwecke des Renteninstitutes, das sich wesentlich auf die Sicherstellung der ökonomischen Lage des Berechtigten in der Zukunft richtet, und es muß deshalb angenommen werden, daß der Gesetzgeber, indem er das Nutznießungs- und damit auch das Rentenrecht gemäß Art. 92 nur in beschränktem Maße pfändbar erklärte, dem Schuldner auch auf die erst in der Zukunft verfallenden Rentenbeträge ein Anrecht sichern wollte, soweit dieselben für ihn und seine Familie unentbehrlich sind. Daraus ergiebt sich allerdings für die Verwertung der gepfändeten Vermögensobjekte, welche als Endziel des Pfändungsverfahrens erscheint, eine erhebliche Schwierigkeit, und es kann sich fragen, ob in solchen Fällen der Ungewißheit betreffend die Berechtigung des Schuldners zum Bezuge der künftig verfallenden Rentenbeträge eine Pfändung des Rentenrechts selbst zulässig ist, oder nicht einfach nur die einzelnen Rentenbeträge bei Verfall gepfändet werden dürfen.

Die Frage ist jedoch im Sinne der ersten Alternative zu entscheiden: Man hat davon auszugehen, daß im allgemeinen jedes Recht des Schuldners, und zwar in seiner Totalität pfändbar und im Momente der Pfändung dem pfändenden Gläubiger für die Befriedigung seiner Forderung verfallen sei, sofern nicht die Natur des Rechts selbst oder eine entgegenstehende gesetzliche Vorschrift eine Ausnahme hievon fordern. Letztere Voraussetzungen treffen aber hier nicht zu. Namentlich erscheint der Hinweis auf die zeitliche Begrenzung, welche durch die Praxis der Lohnpfändung gegeben wurde, nicht als stichhaltig. Denn es ist wohl zu beachten, daß man es bei dieser mit der Pfändung nicht eines wirklichen Rechtes, sondern einer bloßen Anwartschaft zu thun hat; in Rücksicht hierauf rechtfertigen es die Verhältnisse, die Befugnisse des pfändenden Gläubigers im Interesse der Mitgläubiger und des Schuldners nicht auf unbegrenzte Zeit auszudehnen. Diese Erwägungen treffen aber hier, wo ein bereits bestehendes und im schuldnerischen Vermögen befindliches, inhaltlich bestimmtes, Recht, das vom Schuldner jeden Augenblick veräußert oder verpfändet werden könnte, gepfändet wurde, nicht zu. Es erfordert vielmehr das Recht der Gläubiger auf Deckung ihrer Forderungen aus dem Vermögen des Schuldners, daß ein solches Vermögensrecht der Disposition des Schuldners entzogen werde.

4. Dagegen erscheint unter solchen Verhältnissen allerdings die Verwertung des gepfändeten Vermögensobjektes durch Verkauf ausgeschlossen. Ganz abgesehen davon, daß ein Objekt, dessen Wert von dem Eintritte zweier völlig unbekannten Faktoren (Lebensdauer und Vermögenslage) des Schuldners abhängt, kaum zu einem befriedigenden Preise verwertet werden kann, würde durch den Verkauf auch ein kaum haltbares Verhältnis gegenüber dem Rentenschuldner geschaffen, der statt bloß einem künftighin zwei Rentengläubigern verpflichtet wäre, ohne daß eine klare Ausscheidung der beiderseitigen Rechtsverhältnisse vorläge. Dies schließt jedoch die Möglichkeit der Verwertung überhaupt und damit die Pfändbarkeit des Rentenrechtes nicht aus. Denn es muß nicht das Verwertungsverfahren für bewegliche Sachen und Forderungen (Art. 122/31 des Betreibungsgesetzes) Platz greifen, sondern es hat, da wenigstens das Rentenrecht als Ganzes

sich als ein „Vermögensbestandteil anderer Art“ im Sinne des Art. 132 des Betreibungsgesetzes darstellt, die Aufsichtsbehörde freie Hand in der Bestimmung des Verfahrens. Von den andern Verwertungen, welche gemäß Art. 132 die Aufsichtsbehörde zur Durchführung der Verwertung anordnen kann, erscheint als die zweckmäßigste die Einweisung des Gläubigers in die Ausübung des gepfändeten Rechtes bis zur gänzlichen Befriedigung der betriebenen Forderung, wie solche durch die deutsche Gesetzgebung für die Verwertung von Forderungsrechten ganz allgemein vorgesehen ist. Der pfändende Gläubiger erhält dadurch auch gegenüber andern Gläubigern ein Vorzugsrecht auf Bezug der fälligen Renten, soweit auf diese nicht vorausgehende Pfandgläubiger zur Deckung ihrer Pfandforderungen oder der Schuldner selbst bis zur Sicherung seines notwendigen Unterhaltes greifen können. Anderseits erscheint seine Forderung erst durch die ihm wirklich zugefallenen Rentenbeträge gedeckt, und es steht dem Gläubiger frei, auf die aus der Einweisung sich ergebenden Rechte zu verzichten und im Wege einer neuen Betreibung auf andere Vermögensgegenstände des Schuldners zu greifen. Auf diese Weise kann sowohl den Rechten des Gläubigers als des Schuldners Rechnung getragen werden, und steht deshalb auch einer Pfändung des Rentenrechtes selbst unter Vorbehalt des Rechtes des Schuldners auf Bezug der zu seinem Unterhalt nötigen einzelnen Rentenbeträge kein Hindernis entgegen.

Gemäß diesen Ausführungen ist die angefochtene Pfändung des Rentenrechtes zu schützen. Doch geschieht dies mit dem Vorbehalt, daß der Rekurrentin die Geltendmachung ihrer Rechte gemäß Art. 93 des Betreibungsgesetzes bei Verfall der einzelnen Ratenbeträge gewahrt wird. Diesem Vorbehalt steht der Umstand nicht entgegen, daß Rekurrentin ihre Rechte für eine Anzahl Jahre verpfändet hat. Es läßt sich nicht etwa mit der kantonalen Aufsichtsbehörde sagen, daß schon die Thatsache der Pfanddargabe der Rente deren Entbehrlichkeit für die Beschwerdeführerin darthue. Denn die letztere wurde ja gleichzeitig damit in den Besitz eines Kapitals gesetzt, auf dessen Abnutzung sie möglicherweise für die Bestreitung ihres Unterhaltes ausschließlich angewiesen war bezw. es ist. Die Frage, inwiefern die Rente unpfändbar sei, wird vielmehr jeweils bei Verfall der einzelnen Rentenbeträge nach den dann obliegenden Umständen von den Vollstreckungsbehörden frei geprüft und entschieden werden müssen, und nur auf den von den Vollstreckungsbehörden als für den Schuldner entbehrlich erklärten Betrag kann sich dann das durch die Einweisung dem pfändenden Gläubiger eingeräumte Einzugsrecht erstrecken.

(21. Mai 1901. Marie Blaser gesch. Studer.)

II. Grundpfandverwertung.

Konkurseröffnung während des Grundpfandverwertungsverfahrens. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, Art. 230 Sch. u. K.-G. Wiederaufnahme und Fortsetzung der Betreibung durch das Betreibungsamt. Zulässigkeit dieses Verfahrens. Art. 206 Sch. u. K.-G.

Die Zürcher Kantonalbank betrieb den J. R. in Zürich für eine Forderung von Fr. 1732 auf Grundpfandverwertung. Die erste Versteigerung des Grundpfandes vom 27. Sept. 1900 verlief resultatlos, das Betreibungsamt setzte daher auf den 11. Nov. eine zweite Gant an. Dieselbe fand aber mit Rücksicht darauf, daß bereits am 25. Sept. der Konkurs über J. R. eröffnet worden war, nicht statt. Obwohl der Gemeinschuldner R. Eigentümer einer Reihe von Liegenschaften war, wurde der Konkurs durch den Konkursrichter am 5. Okt. 1900 unter Berufung auf § 237 der obergerichtlichen Anweisung vom 16. Januar 1894 mangels Aktiven eingestellt, weil bei der Versteigerung der Liegenschaften ein Vorerlös über die grundversicherten Forderungen hinaus voraussichtlich nicht zu erwarten wäre.

In der Folge setzte das Betreibungsamt in der von der Kantonalbank eingeleiteten Betreibung neuerdings die zweite Steigerung

auf den 9. Januar 1901 fest. Darüber beschwerte sich Frau Baltensberger, die auf der nämlichen Liegenschaft einen Schuldbrief besitzt; sie macht geltend, die Betreibung der Kantonalbank sei nach Art. 206 Sch. u. K.-G. durch die Konkurseröffnung dahingefallen und könne daher nicht mehr fortgesetzt werden.

Das Bezirksgericht Zürich I. Abt. hieß die Beschwerde gut, die kantonale Aufsichtsbehörde, an welche die Kantonalbank rekurriert, erklärte sie dagegen als unbegründet. Letztere Instanz führte aus:

Die Beschwerde, welche die Einstellung der Betreibung bezwecke, richte sich in Wirklichkeit gegen die Kantonalbank als betreibende Gläubigerin. Wenn diese erstinstanzlich nicht als Partei behandelt worden sei, so stehe das ihrem Rekursrechte nicht entgegen. Dagegen könne der Frau Baltensberger die Legitimation zur Beschwerdeführung nicht zuerkannt werden, da es ihr nicht zustehe, an Stelle des Schuldners aufzutreten, der sich der Durchführung der Betreibung nicht widersetze, und da ihre Ansprüche als Pfandgläubigerin nicht bestritten seien. Materiell sodann gelangte die kantonale Aufsichtsbehörde zur Gutheißung des Rekurses, im wesentlichen von der Erwägung ausgehend, daß der vorliegende Fall demjenigen des Konkurswiderrufes gleichzustellen sei, in welchem Falle laut bundesgerichtlicher Praxis (B. E. Bd. XXII S. 691) die vor dem Konkurserkenntnisse pendenten Betreibungen wieder aufleben und fortgesetzt werden können.

Diesen Entscheid zog Frau Baltensberger an das Bundesgericht weiter. Sie suchte dabei auch ihre Legitimation darzuthun; bei der Begründung ihres Rechtsstandpunktes in der Sache selbst hob sie hervor, daß das Betreibungsamt selbst die Betreibung am 24. Nov. 1900 abgeschrieben habe, welche innert der Rekursfrist unangefochten gebliebene Verfügung es nicht nachträglich habe abändern dürfen,

Das Bundesgericht wies den Rekurs ab.

Gründe:

1. Die Rekurrentin macht zuerst geltend, daß das Betreibungsamt, nachdem es die fragliche Betreibung am 24. Nov. 1900 abgeschrieben habe, nachträglich nicht mehr auf diese unangefochten gebliebene Verfügung habe zurückkommen und weitere Betreibungshandlungen anordnen dürfen. Nun kann aber den Betreibungsämtern nicht benommen sein, eine von ihnen getroffene Verfügung auch nach Ablauf der Beschwerdefrist von sich aus wieder abzuändern, wenn die Sachlage inzwischen eine andere geworden ist oder sich infolge neu bekannt gewordener Umstände als eine andere darstellt. Im vorliegenden Falle erfolgte die behauptete, aktenmäßig übrigens nicht erwiesene Abschreibung offenbar in Rücksicht auf den Umstand, daß die fragliche Betreibung gemäß Art. 206 Sch. u. K.-G. mit der Konkurseröffnung vom 25. Sept. 1900 dahingefallen war, während die später verfügte Neuansetzung der Gant sich auf den richterlichen Beschluß betreffend Einstellung des Konkursverfahrens gründete.

2. Fragt es sich also, ob die verfügte Fortsetzung der Betreibung materiell gerechtfertigt sei, so kann hiebei zunächst auf eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit des erwähnten Einstellungsbeschlusses nicht eingetreten werden. Denn dieser geht von einer richterlichen Behörde aus, und ist übrigens von den Parteien im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht als gesetzwidrig und deshalb für die Betreibungsbehörden unverbindlich angefochten worden.

Es ist lediglich zu untersuchen, ob gestützt auf betr. Beschluß die angehobene Grundpfandbetreibung habe fortgesetzt werden dürfen oder nicht. Man wird sich für die erste Alternative zu entscheiden haben, ohne daß hiebei die Frage in einer für alle Fälle gültigen Weise, namentlich nicht in Hinsicht auf die vor Konkursausbruch angehobenen Betreibungen auf Pfändung, gelöst zu werden braucht. Bei den Betreibungen letzterer Art ließe sich geltend machen, daß mit dem Konkursdekrete das Pändungspfandrecht der betreibenden Gläubiger dahinfalle und die gepfändeten Objekte nunmehr allen andern Gläubigern zur Exekution mitverfallen seien, und daß dieser einmal begründete Rechtszustand nicht nachträglich wieder beseitigt werden könne, in-

dem man dem betreibenden Gläubiger die Fortsetzung der angehobenen Betreibung und damit die Verwertung der Pfandobjekte ausschließlich zu seinen Gunsten gestatte.

Für die hier in Frage stehende Betreibungsart auf Pfandverwertung trifft diese Erwägung nicht zu, da ja das Pfandrecht dem Gläubiger auch im Konkurse in Form eines Konkursprivilegs gewahrt bleibt. Anderseits würde es zu großen Unbilligkeiten gegenüber dem Pfandgläubiger führen, wenn man auch nach erfolgter Einstellung des Verfahrens im Sinne von Art. 230 B. G. betr. Sch. u. K. die Betreibung als definitiv erloschen betrachten würde: Derselbe würde damit ohne zu rechtfertigenden Grund seine durch die früheren Betreibungshandlungen erlangte Rechtsstellung wieder einbüßen. Es könnten namentlich zu seinen Ungunsten die Steigerungsbedingungen und das Lastenverzeichnis neuerdings in Frage gezogen werden, wie denn auch hier die Beschwerde zugestandenermaßen dahin geht, die unterlassene Anmeldung einer pfandversicherten Zinsenansprache unschädlich zu machen. Sodann würde auch aus der Notwendigkeit, für die neu eingeleitete Betreibung die langen gesetzlichen Fristen des Verfahrens auf Pfandverwertung neuerdings innehalten zu müssen, dem Gläubiger ein ungebührlicher Zeitverlust und eine nach Umständen damit verbundene Schädigung erwachsen können. Alle diese Gründe lassen es deshalb als geboten und dem Willen des Gesetzes entsprechend erscheinen, dem Einstellungsbeschlusse nach Art. 230 B. G. gleich einem Erkenntnis auf Widerruf des Konkurses (vgl. B. E. XXII Nr. 115) die Wirkung beizulegen, daß kraft dessen die durch das Konkursdekret aufgehobenen Grundpfandbetreibungen wieder aufleben und fortgesetzt werden können.

3. Auf die Frage der Legitimation der Rekurrentin zur Beschwerde braucht nach den vorstehenden, die Sache materiell erledigenden Ausführungen nicht eingetreten zu werden.

(11. Juli 1901. Witwe Baltensberger.)

Handelsgericht des Kts. Zürich.

I. Genossenschaft.

Rechte von, als Gegenwert von Einlagen bei der Gründung ausgegebenen Genossenschaftsanteilen, deren „successive Einzahlung gemäß den Statuten und den Beschlüssen des Aufsichtsrates jeweilen als geschehen zu betrachten ist", bei Auflösung der Genossenschaft.

Die Lehner Artificial Silk Co. Ld. Bradford erwarb s. Z. von Dr. Lehner in Zürich dessen schweizerisches und deutsches Patent für eine von ihm erfundene Kunstseide und errichtete hierauf in Glattbrugg eine Fabrik zunächst zur Erprobung dieser Erfindung und sodann zur Fabrikation der Lehnerschen Kunstseide. Anfangs 1897 bildete sich unter Führung des J. G. Hürlimann in Zürich V eine Gruppe von Interessenten, die mit der Lehner A. Silk Co. über die Abtretung der genannten Patente und den Erwerb der Fabrik in Glattbrugg unterhandelte. Nachdem die Parteien sich hierüber geeinigt hatten, konstituierte sich zum genannten Zweck am 14. April 1897 unter der Firma „Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg" eine Genossenschaft, die am gleichen Tage mit der Lehner A. Silk Co. einen Kaufvertrag abschloß; hiedurch erwarb sie von dieser die Liegenschaft in Glattbrugg mit der maschinellen Anlage u. s. w., ferner die Lehnerschen Kunstseidepatente für die Schweiz und Deutschland. Laut § 2 des Vertrages wurde als Kaufpreis vereinbart: Die Übergabe eines auf die Fabrik in Glattbrugg auszustellenden Schuldbriefes von Fr. 250,000 und sodann von nom. Fr. 400,000 in 400 Anteilen à nom. Fr. 1000 der Genossenschaft, „deren successive Einzahlung gemäß den Statuten der Genossenschaft und den Beschlüssen ihres Aufsichtsrates jeweilen als geschehen zu betrachten ist."

Das Genossenschaftskapital wurde in § 4 der Statuten unter Ausschluß jeder persönlichen Haftbarkeit der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft auf 1200 Anteile à Fr. 1000 bestimmt. Nach § 5

waren hievon 20 % bis 1. Mai 1897 einzubezahlen und hatten die weitern Einzahlungen gemäß den Beschlüssen des Aufsichtsrates zu erfolgen: Dieser bestand gemäß den Statuten zunächst aus 5, dann aus 3 Mitgliedern, wovon eines laut den Statuten aus der Firma Lehner Artificial Silk Co. zu nehmen war; als solches funktionierte O. Berend in London, der die letztere auch schon bei den Gründungsverhandlungen vertreten hatte. Über die Genossenschaftsanteile wurden Certifikate ausgestellt, der Art. Lehner Silk Co. diejenigen mit Nr. 1—400; dieselben tragen die Notiz: „Die Anteile Nr. 1—400 gelten jeweilen für soweit einbezahlt, als die Anteile Nr. 401—1200 (die übrigen) einbezahlt sind". „Die bezüglichen Certifikate müssen aber bei jeder weitern Einzahlung auf letztere behufs Vormerkung entsprechender Gutschrift an der Kasse der Gesellschaft vorgewiesen werden". Am 3. Mai 1897 wurde demgemäß auf den Anteilscheinen Nr. 1—400 eine Einzahlung von 20 % quittiert. Im Juni 1898 erhob der Aufsichtsrat zur Vergrößerung der Anlage in Glattbrugg eine weitere Einzahlung von 10 %, die in den genannten Certifikaten ebenfalls quittiert wurde. Nachdem das Jahr 1897 eine erhebliche Unterbilanz ergeben hatte, beschloß eine Generalversammlung vom 2. Dezember 1898 unter Mitwirkung der Vertreter der Art. Lehner Silk Co. behufs Hebung der Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens die Erweiterung der Anlage in Glattbrugg durch Aufnahme eines Anleihens, und der Aufsichtsrat beschloß gleichen Tages unter Mitwirkung des O. Berend, weitere Einzahlungen auf die Anteile überhaupt nicht mehr zu verlangen, sondern den notwendigen Geldbedarf jeweilen durch Anleihen zu decken. Einzahlungen wurden dann in der That nicht mehr bezogen, aber auch keine Anleihen aufgenommen. Das Betriebsjahr 1899 ergab nämlich einen bedeutenden Reingewinn.

Das weitere Gedeihen des Geschäftes wurde dann aber namentlich durch die Konkurrenz eines anderweitigen Fabrikationsverfahrens nach einem Patent Chardonnet, welches von einer Fabrik in Spreitenbach ausgeübt wurde, stark gefährdet. Beide Etablissemente suchten nach einer Verständigung, und diese kam dann in der Weise zu stande, daß beide ihre Patente und Geschäfte den zu diesem Zwecke neugegründeten „Vereinigten Kunstseidefabriken A.-G. Frankfurt a. M." abtraten, wogegen diese nom. Mk. 384,000 ihrer Aktien an die Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg auszurichten und die auf deren Fabrik haftende Hypothek zu übernehmen hatte. Dieser Vertrag wurde von der genannten Genossenschaft in ihrer Generalversammlung vom 8. Januar 1900, worin sämtliche Anteile vertreten waren, einstimmig genehmigt und gleichzeitig die Liquidation der Genossenschaft beschlossen und diese dem Aufsichtsrat übertragen. Die neuen Aktien mußten nach dem Vertrag noch 2 1/2 Jahre bei der Bank für Handel und Industrie in Darmstadt deponiert bleiben. Der Aufsichtsrat wurde mit dem Vollzug des Kaufes, der Aufstellung der Schlußrechnung und der Durchführung der Liquidation beauftragt.

Am 10. Mai 1900 erließ derselbe unter Mitwirkung des O. Berend ein Cirkular, wodurch er den Genossenschaftern mitteilte, wie viele neue Aktien jeder erhalte, der Lehner Artificial Silk Co. wurde dies für ihre 172 Anteile auf 55 Aktien angegeben, sie behielt sich hierüber zunächst ihre Erklärungen vor, am 27 Juni protestierte sie gegen die angezeigte Verteilung. Auf dem Prozeßwege verlangte sie dann, daß ihr aus dem Liquidationsergebnis der beklagten Genossenschaft für ihre 172 Genossenschaftsanteile zum voraus Fr. 700 per Anteilschein, also Fr. 120,400 ausbezahlt und daß der Rest des Liquidationsergebnisses auf sämtliche 1200 Anteilscheine gleichmäßig verteilt werde.

Hiefür machte sie geltend: Im Kaufvertrag vom 14. April 1897 sei ihr der zweite Teil des Kaufpreises, für die Patente, mit Fr. 400,000 in dem Sinne fest versprochen worden, daß die Beklagte sich verpflichtet habe, die übrigen 800 Anteilscheine successive nach Maßgabe des Bedürfnisses voll einzubezahlen, ihr auf ihren 400 Anteilen die Einzahlungen jeweils zu quittieren und ihr diese somit schließlich als volleinbezahlt zu verschaffen. Die Pflicht zur Vollein-

zahlung ergebe sich selbstverständlich schon aus der Statuierung der Fr. 1,200,000 als Genossenschaftskapital. Man habe auch allseitig von Anfang an thatsächlich an die Volleinzahlung, als die Folge der für später in Aussicht genommenen Ausdehnung des Geschäftsbetriebes gedacht. Die vertragliche Einschränkung, daß die vendors shares lediglich nach Maßgabe der Einzahlungen auf die übrigen Anteilscheine zu quittieren seien, sei lediglich der Ausdruck der Willensabsicht, daß auf die klägerischen Anteile jeweilen keine höhern Dividende entfallen dürfen als auf die übrigen. Dem entsprechend habe die Klägerin in ihren Bilanzen per Ende 1897, 1898 und 1899 die jeweilen in ihrem Besitz befindlichen Verkaufsanteile in vollem Nominalwert als Aktiven aufgeführt. Durch die Statutenbestimmung, daß „weitere Einzahlungen" resp. „Resteinzahlungen", gemäß den Beschlüssen des Aufsichtsrates zu erfolgen haben, sei es nicht etwa ins Ermessen des letztern gelegt worden, Einzahlungen überhaupt nicht mehr zu verlangen, dies sei vielmehr nur eine interne Vorschrift über die Kompetenz zu derartigen Anordnungen; der Aufsichtsrat sei namens der Beklagten nach der offenbaren Willensmeinung des Vertrages und der Statuten verpflichtet gewesen, im Falle des Bedürfnisses derartige Einzahlungen zu verlangen, und es wäre arglistig gewesen, Geldbedürfnisse durch ein Anleihen zu befriedigen. — Die klägerischen Ansprüche aus dem Kaufvertrag seien daher erst mit der Volleinzahlung des Genossenschaftskapitals und der gleichzeitigen Liberierung der klägerischen Anteile erfüllt gewesen, bis dahin seien sie befristet bezw. bedingt durch das Bedürfnis weiterer Einzahlungen, durch den Liquidationsbeschluß seien sie aber fällig geworden. Was die Ausrechnung anbelange, so bestehe das Liquidationsergebnis in 384 neuen Aktien, im Nominalwert von Mk. 384,000 oder Fr. 475,064, zuzüglich des deponierten Liquidationssaldos von cirka Fr. 80,000 = ca. Fr. 555,000; hievon verbleiben nach Abzug des Voraus der Klägerin von 120,400 Fr. noch ca. 434,800, Fr. was auf jeden der 1200 Anteile Fr. 362. 15 Cts. und auf die 172 Anteile der Klägerin Fr. 62,289. 80 Cts. ergebe. — Wenn aber angenommen werde, die Erfüllung der Volleinzahlungspflicht sei jetzt noch möglich, so vermehre sich das Liquidationsergebnis um 800×700 Fr. = 560,000 Fr.; von diesen letztern entfallen auf jeden der 1200 Anteile Fr. 466. 66 Cts. und auf die klägerischen 172 Anteile Fr. 80,265; hiezu kommen 172/1200 obiger Fr. 555,000 = Fr. 79,550, was für die Klägerin total Fr. 159,815 ergebe.

Die Beklagte bestritt dagegen jedes Vorrecht der Klägerin an der Verteilung des Liquidationsergebnisses.

Beim Vertrag vom 14. April 1897 habe es nicht die Meinung gehabt, es seien die klägerischen Anteile voll einzubezahlen, bezw. später entsprechend zu behandeln. Die Beklagte habe sich vielmehr lediglich verpflichtet, insoweit als sie Einzahlungen auf die übrigen 800 Anteile einfordere, solche auf den 400 Anteilen der Klägerin zu quittieren. Man habe die Einforderung weiterer Einzahlungen in der That, wie in den Statuten vorgeschrieben, dem Ermessen des Aufsichtsrates überlassen wollen, allerdings in der Meinung, daß dieser dem Bedürfnis und Interesse der Genossenschaft entsprechend handeln werde, eine gewisse Garantie habe die Klägerin in dieser Hinsicht durch die statutarische Zusicherung eines Sitzes im Aufsichtsrat gehabt. Ein Bedürfnis für weitere Einzahlungen habe sich aber nicht eingestellt, da der Jahresgewinn von 1899 die erforderlichen Mittel geliefert habe. Bei Richtigkeit der Interpretation der Klägerin wären die von dieser heute gestellten Ansprüche jedenfalls auch in den Certifikaten über die Anteilscheine erwähnt worden, etwa in dem Sinne, daß diese als voll einbezahlt quittiert werden, mit der Beschränkung, daß ihnen nur nach Maßgabe der Einzahlungen auf den andern Anteilscheinen Stimmrecht und Anteil am Jahresgewinn zustehe. Auch in den Statuten sei irgend ein Sonderrecht der klägerischen Anteile für den Liquidationsfall nicht erwähnt, während der Beklagten hiernach die Liquidation jederzeit freigestanden habe. Gegen die Volleinzahlungspflicht spreche auch die statutarische Fakultät,

Geldbedürfnisse durch das Mittel von Anleihen zu decken. Beim Vertragsabschlusse habe man überhaupt nicht eine feste Summe von 400,000 Fr. als Preis der Patente in Aussicht genommen, sondern, — davon ausgehend, daß die Erfindung noch im Probestadium, ihr Wert also noch unbekannt sei, — lediglich eine Verhältniszahl, mit der die Klägerin am Unternehmen beteiligt sein solle, nämlich einen Drittteil; Berend habe namens der Klägerin ausdrücklich erklärt, diese verlange keine Barzahlung, sondern nur 1/3 des Jahresgewinns, 1/3 der Stimmrechte und einen Vertreter im Aufsichtsrat; die 400,000 Fr. seien daher nur als das Höchstmögliche in Aussicht genommen worden. Der Kaufpreis der Patente sei daher zunächst nur 20 % von den 400,000 Fr. gewesen, also 80,000 Fr. Bei der spätern Einforderung von 10 % habe er sich auf Fr. 120,000 erhöht und so sei auch der Patentkonto im Hauptbuch eingetragen, mit den seitherigen statutarischen Abschreibungen, so daß er per 31. Dezember 1899 Fr. 99,600 betrage, und mit den gleichen Beträgen sei in den Bilanzen der Beklagten das Guthaben der Klägerin aufgeführt.

Mit dieser Behandlung der Sache habe die Klägerin sich auch stets einverstanden gezeigt, namentlich durch das Benehmen ihres Vertreters im Aufsichtsrat, O. Berend. Z. B. sei in der Sitzung des Aufsichtsrates vom 22. Dezember 1899 hervorgehoben worden, daß der Kaufvertrag mit der Frankfurter Gesellschaft es ermögliche, die sämtlichen 1200 Anteilscheine mit 400 Fr. statt 300 Fr. zurückzuzahlen, und Berend habe hiegegen nichts bemerkt.

Die Klage wurde gemäß dem eventuellen Begehren, d. h. in dem Sinne gutgeheißen, daß zu dem vorhandenen Liquidationsergebnis der beklagten Genossenschaft der Betrag der auf den Anteilen noch nicht geleisteten Einzahlungen mit Fr. 560,000 hinzuzurechnen und das Ergebnis in 1200 gleiche Quoten zu zerlegen sei, wovon die Klägerin 172 zu beanspruchen habe.

Gründe:

1. Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um einen Kauf der klägerischen Patente, sondern um eine Einlage derselben in die zu gründende neue Genossenschaft, (s. diese Blätter S. 144), also kann keine Rede davon sein, daß der Klägerin noch eine Kaufpreisforderung von 700×172 Fr. zustehe. Dieselbe erhielt für die eingeworfenen Patente einfach 400 Anteilscheine an dem Genossenschaftsvermögen, und es ist daher der Standpunkt der Beklagten, daß die Patente nicht einfach um den Betrag von 400,000 Fr. angekauft worden seien, an sich durchaus richtig, dagegen ist es nicht richtig, wenn beklagtischerseits erklärt wird, der Übernahmspreis der Patente sei zunächst nur auf 80,000 Fr. festgesetzt worden, in der Meinung, daß er sich bei weitern Einzahlungen des Genossenschaftskapitals entsprechend erhöhen solle. Das Äquivalent für die Patente bestand eben überhaupt nicht in einem Geldbetrage, sondern in den Anteilsrechten am Genossenschaftsvermögen. Bemerkt mag dabei werden, daß die Buchung der Beklagten, nach der der Ansatz für die Patente ursprünglich 80,000 Fr. betrug und bei der nachträglichen — für den Wert der Erfinderrechte natürlich ganz bedeutungslosen — Einzahlung entsprechend erhöht wurde, den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach. Korrekterweise hätten die Patente mit 400,000 Fr. in die Rechnung eingestellt werden müssen, weil das Genossenschaftskapital auf 1,200,000 Fr. angegeben war, dieses Kapital aber nur erreicht wurde, wenn die Patente einen Wert von 400,000 Fr. repräsentierten. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß die Klägerin außer der Einwerfung der Patente zu keinen weitern Beiträgen verpflichtet war; die Bestimmung, daß „die successive Einzahlung ihrer Anteilscheine“ jeweilen als geschehen zu betrachten sei, läßt, so wenig präzise sie auch redigiert war, doch keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die Klägerin weitere Einzahlungen nicht mehr leisten mußte. Das Genossenschaftsvermögen setzte sich also aus den Patenten und dem Betrag der übrigen Anteilscheine = 800×1000 Fr. zu-

sammen, und die Beklagte konnte unmöglich in den Statuten und dem Handelsregistereintrag (vgl. Handelsamtsblatt vom 3. Mai 1897) ihr Vermögen auf 1,200,000 Fr. angeben, wenn sie die Patente auf weniger als 400,000 Fr. wertete.

2. Ist nach dem Gesagten klar, daß das klägerische Hauptbegehren unbegründet ist, so erscheint es als ebenso klar, daß die Klägerin mit dem Rest der 400 Anteilscheine, den sie noch besitzt, — besondere Verabredungen vorbehalten — an dem ganzen Genossenschaftsvermögen, bestehe dasselbe worin es wolle, participiert. Zu diesem Vermögen gehören aber auch die noch nicht geleisteten Beiträge, die auf die 800 übrigen Anteilscheine entfallen. Es unterliegt an sich keinem Zweifel, daß bei der Liquidation einer Genossenschaft, in der einzelne Mitglieder ihre Beiträge geleistet, andere noch nicht oder wenigstens nicht in vollem Umfange geleistet haben, eine Verrechnung der Ausstände stattfinden muß. Zwar rechtfertigt es sich nicht, die Beteiligung der Genossenschafter an dem Liquidationsergebnis einfach pro rata der geleisteten Einzahlungen zu bestimmen, wie wenn es sich um Anteilsrechte von verschiedener Höhe handeln würde. Dagegen hat die Ausgleichung in der Weise zu erfolgen, daß die Ausstände zum Liquidationsergebnis hinzuzuschlagen sind oder, was im Resultat auf das Gleiche herauskommt, aus der Liquidationskasse zunächst (nötigenfalls unter Einziehung der Ausstände) denjenigen Genossenschaftern, welche keine Beiträge mehr zu leisten haben oder weniger als die übrigen, die Differenz zum voraus vergütet und der allfällige Rest dann gleichmäßig verteilt wird (vgl. die für den analogen Fall der Aktiengesellschaft geltende Bestimmung in Art. 300 des neuen d. H.-G.-B., ferner Hafner Komm. zu Art. 713 Obl.-R., Nr. 2 a).

Die Beklagte scheint nun zwar den Standpunkt einnehmen zu wollen, daß keine Ausstände mehr vorhanden seien, weil der Aufsichtsrat s. Z. beschlossen habe, keine weitern Einzahlungen auf das Genossenschaftskapital einzufordern. Diese Auffassung hält indessen nicht Stich. Denn einmal hatte der betreffende Beschluß offenbar nicht die Bedeutung, sich für alle Zukunft zu binden. Sodann aber war der Aufsichtsrat auch gar nicht befugt, das Genossenschaftskapital auf diese Weise zu schmälern und dadurch unter Umständen sogar die Rechte der Gläubiger zu beeinträchtigen; aus dem Rechte, den Zeitpunkt der Einzahlungen zu bestimmen (§ 5 der Statuten) ergiebt sich eine derartige Befugnis noch keineswegs. Es macht zwar den Eindruck, als ob die Organe der Beklagten die auf den 800 Anteilsrechten lastende Verpflichtung zur Leistung weiterer Beiträge nicht recht gewürdigt haben; so wurden die Ausstände nicht etwa als Aktiven der Gesellschaft in den Büchern vorgestellt, wie das korrekt gewesen wäre. Aber Thatsache bleibt, daß die Beiträge — abgesehen von den vendors shares — auf 1000 Fr. per Anteil festgesetzt worden waren; es schuldeten die Inhaber derselben also unzweifelhaft die betreffenden Beiträge und konnten aus ihrer bezüglichen Verpflichtung nicht durch einfachen Beschluß des Aufsichtsrates entlassen werden.

3. Fragen kann es sich somit nur, ob die Bestimmung von Art. 2 des Gründungsvertrages, nach der die successive Einzahlung der der Klägerin zukommenden 400 Anteilscheine jeweilen als geschehen betrachtet werden sollte, einen Verzicht derselben auf die ihr an und für sich bei der Liquidation gebührende Rechtstellung involviere. Es ist natürlich an und für sich als rechtlich zulässig anzusehen, daß ein Genossenschafter, der im Gegensatz zu andern Genossen seine Beiträge voll geleistet hat, erklärt, sich bei der Liquidation so behandeln lassen zu wollen, wie wenn auch er selbst seine Beiträge noch schuldete. Da es sich hiebei aber um eine Abweichung von der Regel handelt, so muß die Beklagte, wenn sie eine derartige Verabredung mit der Klägerin behauptet, den Beweis für ihre Darstellung erbringen, und es genügt nicht, wenn sie nur darthut, daß die herangezogene Vertragsbestimmung den ihr beigelegten Sinn haben kann, sofern auch eine andere vernünftige Interpretation derselben gedenkbar ist. An dieser Verteilung der Beweis-

last ist um so eher festzuhalten, als die von der Beklagten aufgestellte Behauptung an sich der innern Wahrscheinlichkeit entbehrt. Wenn die Klägerin ihre Patente in die Genossenschaft einwarf und sich an dem finanziellen Ergebnis der letztern beteiligte, so konnte es ihr doch kaum in den Sinn kommen, ihre Rechtstellung bei einer spätern Liquidation davon abhängig zu machen, ob die in Aussicht genommenen Beiträge der übrigen Genossenschafter dannzumal geleistet sein würden oder nicht. Nach der Auffassung der Beklagten wäre es ihr, auch wenn die Patente sich als besonders wertvoll erwiesen und eine Vergrößerung des Geschäftes hätte stattfinden müssen, frei gestanden, durch Herbeiziehung von fremdem Kapital — das ihr ja gerade bei günstigen Geschäftsergebnissen leicht zugeflossen wäre — die klägerischen Interessen für den Liquidationsfall zu benachteiligen. Es darf aber gewiß nicht ohne gewichtige Gründe angenommen werden, daß die Klägerin sich wirklich dieser Gefahr habe aussetzen wollen. Machte sie das von der Beklagten behauptete Zugeständnis, so lag es denn doch sehr nahe, wenigstens durch eine Statutenbestimmung die Heranziehung von fremdem Gelde bis zur Volleinzahlung des Genossenschaftskapitals auszuschließen.

4. Was nun die Interpretation des Art. 2 des Vertrages anbelangt, so ist zunächst zu sagen, daß derselbe seinem Wortlaut nach sehr wohl dahin ausgelegt werden könnte, daß dadurch nur, wenn auch in einer etwas ungeschickten Form, die Liberierung der klägerischen Anteilscheine habe zum Ausdruck gebracht werden wollen. Will man aber weiter gehen — und die Klägerin hat selbst erklärt, daß die Fassung gewählt worden sei, um neben der Liberierung der Anteilscheine noch etwas Anderes festzulegen — so erscheint dann noch keineswegs die beklagtische Interpretation als die einzig mögliche. Es kann sehr wohl sein, daß die Gründer der beklagtischen Genossenschaft davon ausgingen, es stehe den Inhabern der liberierten Anteilscheine ohne gegenteilige Anordnung bei der Verteilung des Jahresgewinnes ein gewisses Vorrecht zu, wie das beispielsweise im deutschen Handelsgesetzbuch hinsichtlich der Inhaber von liberierten Aktien ausdrücklich bestimmt ist (Art. 214), und daß sie dann im Sinne der klägerischen Ausführungen mit der mehrerwähnten Vertragsbestimmung dieses vermeintliche Vorrecht beseitigen wollten. Damit ist indes noch nicht gesagt, daß die Bestimmung auch für den Fall der Liquidation irgendwie herangezogen werden könne, m. a. W. daß wenn die Parteien die Bevorzugung der liberierten Anteile bei der Ausrichtung des Jahresgewinnes ausschlossen, diese Vereinbarung mangels einer gegenteiligen Abrede auch für die Rechtsstellung bei der Liquidation Bedeutung haben müsse. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß ein prinzipieller Unterschied zwischen den beiden Fällen (gleichmäßige Verteilung des Jahresgewinnes und Ausrichtung des Liquidationsergebnisses ohne Berücksichtigung der Ausstände) vorhanden ist. In dem einen handelt es sich um die Zerstörung eines dem betreffenden Genossenschafter zustehenden Vorrechts (sofern ein solches auf Grund der schweizerischen Gesetzgebung überhaupt angenommen werden kann); denn wenn ein liberierter Anteilschein einen Voraus vom Jahresgewinn bezieht, so steht eben ein Prioritätsrecht in Frage, und es geht nicht einmal an, das in Art. 214 d. H.-G.-B. statuierte Recht auf eine vorweg zu leistende Zinsvergütung einfach aus der an und für sich bestehenden Gleichberechtigung aller Mitglieder der betreffenden juristischen Person herauszukonstruieren, weil ja eine Verpflichtung, für die ausstehenden Beiträge Zinsen zu bezahlen, nicht besteht, der Jahresgewinn sich also nicht etwa aus dem Geschäftsergebnis und dem Zins auf den Ausständen zusammensetzt. Umgekehrt enthielte der Gründungsvertrag, im Sinne der Beklagten ausgelegt, für den Fall der Liquidation nicht den Ausschluß eines Vorrechts, sondern eine Schlechterstellung der genannten vendors shares gegenüber den übrigen Anteilscheinen, also eine Aufhebung der Gleichberechtigung aller Genossenschafter, insofern als bestimmt worden wäre, daß die vendors shares nicht an dem ganzen aus Liquidationsergebnis und ausstehenden Beiträgen zusammengesetzten

Genossenschaftsvermögen, sondern nur an einem Teil desselben, nämlich dem Liquidationsergebnis allein, partizipieren sollten.

5. Hervorgehoben wurde bereits, daß die von den Organen der Beklagten vorgenommenen Buchungen formell unrichtig waren, insofern als die Wertung der Patente von dem Betrag der Einzahlungen abhängig gemacht wurde und ferner der Betrag der ausstehenden Beiträge unter den Aktiven der Gesellschaft fehlte, wogegen dann anderseits die Passiven nicht das ganze Grundkapital von 1,200,000 Fr., sondern nur die geleisteten Einzahlungen — mit Einschluß eines entsprechenden Prozentsatzes der vendors shares — aufwiesen. Es mag nun auffallen, daß der im Aufsichtsrat der Beklagten sitzende Vertrauensmann der Klägerin, Berend, gegen diese Art der Buchungen und der auf ihnen beruhenden Jahresbilanz keine Einsprache erhoben hat. Indessen wäre es viel zu weit gegangen, hieraus den Schluß zu ziehen, daß den Verkaufsanteilscheinen nach der Vertragsmeinung die rechtliche Natur habe zukommen sollen, die ihnen von der Beklagten zugewiesen wird. Solange die Genossenschaft ihr Geschäft betrieb, handelte es sich in erster Linie um die Ermittlung des Jahresgewinnes oder Verlustes. Für diese war es aber an sich gleichgültig, ob Aktiven und Passiven höher oder niedriger gebucht wurden, wenn nur die Differenz auf beiden Seiten die nämliche war, und letzteres traf in der Hauptsache zu. So hätten z. B. in der Bilanz per 31. Oktober 1897 die Patente um 320,000 Fr. (400,000—80,000) höher gebucht und die ausstehenden Beiträge mit 640,000 Fr. aufgenommen werden müssen, dafür aber wären die Passiven mit einem Plus von 960,000 Fr. (1,200,000—240,000) einzustellen gewesen. Bedeutung gewann die unrichtige Buchung für die Feststellung des Jahresergebnisses nur dadurch, daß die statutarische Abschreibung auf dem Patentkonto niedriger ausfiel, als sie hätte ausfallen sollen. Dadurch wurden aber die Interessen der Klägerin in keiner Weise verletzt, und es kann daher aus der Unterlassung eines Protestes gegen die Bilanzen — die ja als bloße Betriebsbilanzen nicht ohne weiteres für eine allfällige Liquidation maßgebend waren (vgl. auch H. E. Bd. XVIII, S. 41 ff.) — nichts zu Gunsten der Beklagten hergeleitet werden. Ebensowenig trifft das natürlich mit Bezug auf die Thatsache zu, daß Berend ohne weiteres seine Zustimmung zu dem Beschlusse erteilt hat, nach welchem weitere Einzahlungen nicht eingefordert werden sollten. Gerade wenn die Auslegung des Vertrages durch die Beklagte die richtige wäre, hätte die Klägerin alle Veranlassung gehabt, dem erwähnten Beschlusse nicht zuzustimmen, während derselbe — abgesehen davon, daß durch die Heranziehung fremden, natürlich zu verzinsenden Kapitals der Jahresgewinn weniger groß wurde, als bei Einforderung der Beiträge — die klägerischen Interessen nicht beeinflußte. Die Zustimmung zu dem Beschlusse bildet daher weit eher ein Moment zu Gunsten der klägerischen Vertragsinterpretation. Was sodann die Fassung der für die vendors shares ausgestellten Certifikate anbelangt, so lehnt sich dieselbe allerdings nicht ganz an den Wortlaut von Art. 2 des Vertrages an. Allein die Abweichung ist doch nicht bedeutend genug, um auf sie irgendwie abstellen zu können. Es bliebe daher schließlich als Indiz für die Richtigkeit der beklagtischen Auffassung nur noch die angebliche Mitwirkung des Berend bei der im Mai 1900 vorgenommenen Festsetzung des Verteilungsmodus. Nun hat die Klägerin aber bestritten, daß Berend jemals sein Einverständnis mit den letztern erklärt habe, und ein Beweis hiefür ist in den Akten nicht enthalten. Übrigens befand sich der genannte Berend in einer Doppelstellung, indem er nicht nur die Interessen der Klägerin, sondern als Aufsichtsrat der Beklagten diejenigen sämtlicher Genossenschafter zu vertreten hatte. Wenn er also auch gegen den von den übrigen Mitgliedern des Aufsichtsrates vorgeschlagenen Verteilungsmodus nicht opponiert, sondern der Klägerin selbst die Wahrung ihrer Rechte überlassen haben sollte, so würde sein Verhalten noch keineswegs ein schlüssiges Beweismoment dafür bilden, daß bei der Gründung der Genossenschaft die beklagtischerseits behauptete Willensmeinung bestanden habe.

Ist diese Willensmeinung aber nicht dar-

gethan, so resultiert nach den Ausführungen in Erwäg. 2 die Gutheißung des eventuellen klägerischen Begehrens.

(21. Juni 1901. Lehner Artificial Silk Co. c. Lehner Kunstseidefabrik Glattbrugg.)

II. Kauf.

Fixgeschäft. Rechtsstellung des Verkäufers, wenn der Käufer vor dem Stichtag erklärt, die Ware nicht abnehmen zu wollen. — Forderung für nicht retournierte Getreidesäcke, Usanzen.

Am 3. April 1900 kaufte v. Allmen in Unterseen von S. Feitis in Zürich einen Wagen Hafer à Fr. 18. 25 Cts. per 100 kg., franko Interlaken, lieferbar Mitte Mai 1900, laut einem Typ-Muster R., übergeben in einem gelben Umschlag, auf dem als Zahlung zweimonatliches Accept bedungen war. In seinem Bestätigungsschreiben vom folgenden Tage fügte v. Allmen hinzu: „lieferbar im Mai a. c." Am 1. Mai 1900 verlangte er sofortige Lieferung des Hafers, sie wurde ihm auf nächste Woche in Aussicht gestellt, blieb indes aus, so daß er am 10. Mai telegraphisch um dieselbe ersuchte. Feitis versprach solche am 20. Mai, „im Laufe dieser Woche". Am 23. Mai erhielt er von Romanshorn aus ein Ausfallmuster. Am 25. gl. Mts. ersuchte er um sofortige Absendung der Ware. — Feitis schrieb ihm am 27. Mai, er wolle den verkauften Wagen abgehen lassen, wenn v. Allmen die Hälfte des Fakturbetrages einmonatlich und die andere Hälfte zweimonatlich acceptieren würde. Jener beharrte aber mit Brief vom gl. T. auf „den gewohnten Bedingungen" und verlangte entweder Lieferung „diese Woche" oder 200 Fr. Entschädigung, und am 30. Mai schrieb er: „Nachdem noch immer keine Faktur noch Avis für den auf Mitte Mai bestellten Waggon Hafer angelangt ist, verzichte ich nun auf dessen Lieferung ... ... und verlange 1000 Fr. Entschädigung." Der Beklagte lehnte jegliche Entschädigungspflicht ab und erklärte sich, da v. Allmen den ihm zur Verfügung gestellten Hafer zu den verlangten Konditionen nicht angenommen, als der Lieferung entbunden.

v. Allmen verlangte durch Klage Schadenersatz im Betrage von 1000 Fr. wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, indem er vorbrachte, er sei genötigt gewesen, anderweitig geringeren Hafer zu höheren Preisen als den vertraglich bedungenen zu beschaffen, sein daheriger direkter Schaden betrage Fr. 519. 36 Cts., den Rest bis auf 1000 Fr. begründete er mit angeblich erlittener Kreditschädigung.

Der Beklagte Feitis bestritt jede Forderung, verlangte dagegen durch Widerklage von v. Allmen Zahlung von Fr. 92. 40 Cts. für 132 Säcke, die er ihm in den Jahren 1897/98 mit Hafer geliefert habe, (75 Cts. per Stück) und welche jener trotz wiederholter Mahnungen zurückbehalten habe. Am 8. März 1900 habe v. Allmen diese Säcke ihm allerdings nach Romanshorn gesandt, aber er brauche sie jetzt nicht mehr anzunehmen.

Letzterer Anspruch wurde vom Gericht gutgeheißen, anderseits der Beklagte aber verpflichtet, dem Kläger v. Allmen 150 Fr. als Schadensersatz zu bezahlen.

Gründe:

1. Das Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 4. April 1900 bildet insoweit die Grundlage des vorliegenden Prozesses, als es von der mündlichen Vereinbarung vom 3. April abweicht. Denn da der Kläger dasselbe ohne Antwort gelassen hat, ist anzunehmen, daß er mit dessen Inhalt einverstanden gewesen sei. Dagegen blieb selbstverständlich der vorher mündlich abgeschlossene Vertrag in Kraft, soweit nicht andere Vertragsbedingungen aufgestellt wurden, und es ging daher nicht an, daß der Beklagte, weil das Bestätigungsschreiben im Gegensatz zu der mündlichen Beredung der Zahlungsbedingungen keine Erwähnung that, an Stelle des ursprünglichen Zahlungsmodus einen beliebigen andern setzen konnte. Vielmehr war er verpflichtet, den Hafer gegen zweimonatliches Accept zu liefern, wie das deutlich auf der Rückseite des das Typmuster R enthaltenden Couverts vermerkt war.

2. Was die Lieferfrist für die Ausführung des Vertrages anbelangt, so enthielt

das Bestätigungsschreiben die Klausel „lieferbar Mai“, und es war der Beklagte also, da ein bestimmter Lieferungstag nicht nicht festgesetzt war, berechtigt, bis zum letzten Tage des Mai mit der Lieferung zuzuwarten. Die Auffassung des Klägers, daß die Bestimmung „lieferbar im Mai“ die Verpflichtung statuiert habe, den bestellten Hafer während des Monates Mai sofort auf Abruf zu liefern, entbehrt jeglicher Anhaltspunkte. Es kann auch keine Rede davon sein, daß der Beklagte hinterher auf die ihm eingeräumte Lieferfrist verzichtet habe, wenn auch richtig ist, daß er wiederholt frühere Lieferung in Aussicht stellte. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß der Kläger selbst am 27. Mai die Lieferfrist noch bis zum 3. Juni erstreckt habe.

3. Unbestrittenermaßen ist die Lieferung nun aber auch innerhalb der erstreckten Lieferfrist nicht erfolgt, und da es sich hier unzweifelhaft um ein Fixgeschäft im Sinne von Art. 123 bezw. 234 Obl.-R. handelte und die im Absatz 2 der letztgenannten Gesetzesstelle berührte Anzeige nicht erfolgte, so ist das Geschäft durch die Nichterfüllung seitens des Beklagten dahingefallen. Der Letztere will freilich den Standpunkt einnehmen, daß der Kauf durch einen vom Kläger am 30. Mai erklärten Rücktritt schon vor dem Eintritt des Stichtages aufgehoben worden sei. Dieser Standpunkt hält indessen nicht Stich, weil der Kläger ja nach der eigenen Behauptung des Beklagten am 30. Mai zum einseitigen Rücktritt vom Vertrag noch gar nicht berechtigt war, eine Acceptation der auf Aufhebung des Vertrages gegen Entschädigung gerichteten Rücktrittserklärung aber nicht erfolgt ist. Der Kaufvertrag blieb also trotz des klägerischen Briefes vom 30. Mai noch in Kraft, und es könnte der Beklagte höchstens den Standpunkt einnehmen, daß er, nachdem der Kläger am 30. Mai erklärt hatte, den Hafer nicht mehr annehmen zu wollen, zu einer Realoblation der Ware nicht verpflichtet gewesen sei. (Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 222). Daraus folgt indessen nichts zu seinen Gunsten, weil er sich auch nicht etwa in anderer Weise auf das Schreiben vom 30. Mai hin zu einer Erfüllung des Vertrages so wie derselbe abgeschlossen war, bereit erklärt hat. Wie er schon früher sich beharrlich weigerte, die Lieferung gegen zweimonatliches Accept des Klägers auszuführen, so hat er auch nach dem 30. Mai an dem eingenommenen Standpunkt festgehalten, und es ist geradezu dolos, wenn er nunmehr im Prozeß die Nichtlieferung auf das klägerische Schreiben vom 30. Mai zurückführen will. Ist aber bis zum Stichtage die Lieferung weder erfolgt, noch die Erfüllungsbereitschaft bekundet worden, so treffen die Voraussetzungen des Art. 234 Abs. 1 Obl.-R. unzweifelhaft zu, und es ist mit Bezug auf die Schadensersatzpflicht des Beklagten lediglich noch zu prüfen, ob denselben ein Verschulden treffe. Diese Frage muß aber ohne weiteres bejaht werden, da die Lieferung ja nach der beklagtischen Darstellung sehr wohl möglich gewesen wäre und nur unterblieb, weil der Kläger hinsichtlich der Zahlungsbedingungen die verlangten Konzessionen nicht machen wollte.

4. Für die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens ist Art. 116 Abs. 1 und 2 Obl.-R. maßgebend. Der Kläger hat zur Feststellung seines Schadens den Weg der konkreten Schadensliquidation eingeschlagen und den Beweis anerboten, daß er infolge der Nichtlieferung seitens des Beklagten, die Ware anderweitig zu einem höheren als dem vereinbarten Kaufpreis habe beziehen müssen und daß die Deckungskäufe für ihn insoweit verlustbringend gewesen seien, als er nicht das gleiche Quantum und nicht die gleiche Qualität der Ware, wie sie ihm vom Beklagten vertraglich zugesichert worden, sich habe beschaffen können. In doppelter Richtung muß aber seine bezügliche Schadensberechnung als willkürlich bezeichnet werden. Einzelne Deckungsbezüge sind erweislich vor dem 27. Mai erfolgt, während der Kläger noch an diesem Tage auf Lieferung des bedungenen Waggons Hafer beharrt hatte. Diese Posten fallen daher ohne weiteres außer Betracht. Sodann hat das Gericht durch Expertise festgestellt, daß der Kläger zur Zeit und am Orte der Erfüllung einen ganzen Waggon des bestellten bezw. eines äquivalenten Hafers anderweitig zu einem etwas höhern Preise hätte beziehen können. Der Experte hat erklärt, daß der

Marktpreis von prima Hafer Ende Mai bis Mitte Juni 1900 nicht höher als 19 Fr. bis Fr. 19. 25 Cts. per 100 kg. franko Interlaken gewesen sei, so daß also der effektive Schaden, bezw. der Mehraufwand für die bedungene Lieferung nicht mehr als 100 Fr. betragen hätte. Zieht man als weitern direkten Schaden die Auslagen, Spesen und sonstigen Umtriebe anläßlich des Deckungskaufs in Berücksichtigung, so erscheint nach freiem richterlichen Ermessen ein direkter ersatzfähiger Schaden von 150 Fr. als den Verhältnissen entsprechend.

5. Die Widerklage bezieht sich auf den Ersatz für nicht retournierte Getreidesäcke. Die Usanzen der zürcher Getreidebörse räumen in § 31 dem Verkäufer einen Anspruch auf Barvergütung für innerhalb 3 Monaten nach Lieferung nicht retournierte leere Säcke ein. Diese Usanzen gelten nun zwar zunächst nur für die Mitglieder der Getreidebörse, welcher der Kläger nicht angehört, sowie für diejenigen Geschäfte, welche unter schriftlicher Berufung auf die betreffenden Normen abgeschlossen worden sind. Es können aber einzelne dieser Usanzen den Charakter eines allgemein gültigen Handelsgebrauchs besitzen, welchem sich die Parteien in der Regel nach ihrer mutmaßlichen Willensmeinung stillschweigend unterworfen haben, so daß in dieser Richtung ihr Vertrag ergänzt worden ist. (Vgl. H. E. XVIII S. 79, Erw. 5 und die dortigen Citate.) Indessen braucht die Frage, ob das auch mit Bezug auf den § 31 der Usanzen zutreffe, nicht geprüft zu werden, weil die Gegenforderung aus anderen Gründen ohne weiteres zu schützen ist. Der Beklagte hat nämlich schon am 9. Juni 1898 dem Kläger Nota für 132 nicht retournierte Säcke gegestellt und denselben am 7. März 1900 zur Bezahlung gemahnt. Die auf dieses Schreiben direkt Bezugnehmende Antwort des Klägers, worin er „Regulierung des Verlangten" verspricht, kann nicht anders denn als Anerkennung des Anspruches des Beklagten aufgefaßt werden; d. h. der Kläger war damit einverstanden, daß ihm die Säcke verkauft und dafür ein bestimmter Kaufpreis berechnet wurde. Es ist daher die Widerklage mit Fr. 92. 40 Cts. zu schützen.

(2. Juli 1901, v. Allmen c. Feitis.)

Rechtslitteratur.

1. Curti, Dr. E., Sämtliche Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet, 2 Bände. II. Band: Civilrechtliche Entscheidungen, Zürich 1901, Druck und Verlag von Schultheß & Cie., 687 Seiten.

Vor kurzem ist die Schlußlieferung des II. Bandes dieses Werkes erschienen. Dasselbe behandelt das Obligationenrecht in 1577 Entscheidungen, das Betreibungs- und Konkursgesetz in 224 Nummern, sodann das Gesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit, die vier Autorrechtsgesetze, die sechs Bundesgesetze über das Eisenbahnwesen, das Fabrik- und das Fabrikhaftpflichtgesetz, das Civilstandsgesetz und dasjenige über die gemischten Ehen, das Zwangsabtretungsgesetz und fünf weitere Bundesgesetze, endlich die Entscheidungen des Bundesgerichtes als prorogiertes Gericht.

Das Werk enthält somit in der That eine erschöpfende Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes, seit dessen Reorganisation im Jahre 1875 und bis Ende 1898. Auf dessen hervorragende Bedeutung in wissenschaftlicher und praktischer Hinsicht ist in diesen Blättern schon beim Erscheinen des ersten Bandes (s. o. S. 95/6) hingewiesen worden, auch der zweite Band entspricht in seiner Anlage und Bearbeitung durchaus dem vorgesteckten Ziele. Die Arbeit ist als wohlgelungen und als eine wesentliche Bereicherung der bundesgerichtlichen Litteratur anzusehen.

Nach ihrer Anlage, wobei die Entscheidungen je nur an einer Stelle und dort vollständig reproduziert sind, bedarf die Sammlung aber noch eines die Übersicht in jeder Richtung gewährenden Sachregisters; dieses wird noch separat herausge-

geben, es befindet sich bereits unter der Presse und soll in Bälde erscheinen.

2. Meili, Prof. Dr., Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich. Preis 3 Fr.

Die Vereinheitlichung des Civil- und Strafrechts bildet heute wohl die wichtigste Aufgabe der Bundesgesetzgebung, und die angezeigte Schrift, welche einige wesentliche Punkte derselben beleuchtet, verdient daher die Beachtung weitester Kreise. Prof. Meili hält nicht zurück mit teilweise scharfer Kritik, er weiß sie aber wie gewohnt mit Geist zu führen und das Interesse des Lesers zu fesseln. Die Lektüre dieser Schrift ist für die schweizerischen Juristen unerläßlich, sie kann aber, namentlich vermöge ihrer raschen Orientierung jedermann empfohlen werden, der sich um diese Fragen interessiert. — Behandelt sind folgende Materien:

1. Kap.: Die Einteilung des Rechtsstoffes;
2. Kap.: Allgemeine Fragen der Kodifikation;
3. Kap.: Der materielle Inhalt der Vorentwürfe;
4. Kap.: Die Angliederung des jetzigen Obligationenrechts an das schweizerische Civilgesetzbuch;
5. Kap.: Die Behandlung des internationalen Privat- und Strafrechts in den Vorentwürfen.

3. Meili, Prof. Dr., Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigung im Bauhandwerk, in der illoyalen Konkurrenz und im Kreditwesen, Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich. Preis 2 Fr.

Der Verfasser behandelt in dieser neuen Broschüre drei Fragen, welche nicht bloß in Juristenkreisen, sondern speziell auch für den Handels- und Gewerbestand großes Interesse haben. Im I. Kapitel wird untersucht, ob es angesichts des modernen Hypothekarrechts und des öffentlichen Glaubens des Grundbuches möglich sei, den Bauhandwerkern und eventuell auch den Lieferanten durch das Gesetz eine hypothekarische Sicherheit für ihre Forderungen einzuräumen. Die im Vorentwurf für ein einheitliches schweizerisches Civilgesetzbuch enthaltenen Normen werden dabei einer Kritik unterzogen. Das II. Kapitel beleuchtet die Aufgabe der Gesetzgebung gegenüber den heutigen Mißbräuchen im Reklamewesen, insbesondere die dabei vorkommenden Täuschungen des Publikums; dabei wird gezeigt, daß unter den Oberbegriff der Concurrence déloyale nicht bloß das Zuleiten der Kundsame bestimmter Gewerbetreibender, sondern auch das Ableiten derselben an die Konkurrenten überhaupt fällt, wenn und soweit dies durch unlautere Mittel geschieht. Das III. Kapitel erörtert die Publikation der fruchtlos ausgepfändeten Schuldner, für welche der Verfasser mit Energie eintritt. In den drei Kapiteln ist ein reichhaltiges Material zu Handen der bezüglichen im Wurfe liegenden Gesetzgebung verwertet; die Schrift hat ein lebhaftes aktuelles Interesse.

4. „Unlauterer Wettbewerb" betitelt sich eine neue Zeitschrift, die demnächst bei Hermann Walther, Verlagsbuchhandlung G. m. b. H., Berlin SW. als das amtliche Organ der „Centralstelle z. Handhabung d. Ges. üb. d. Unlaut. Wettbewerb" zu erscheinen beginnt. Herausgeber ist der Syndikus des Bundes der Industriellen, Herr Rechtsanw. Dr. Jul. Lubszynski. Durch Aufsätze hervorragender Fachleute aus Praxis und Wissenschaft, durch Veröffentlichung der Ergebnisse der Rechtsprechung, durch Berücksichtigung von Klagen und Beschwerden, Beantwortung von Anfragen aus dem Leserkreise wird die neue Zeitschrift bald ein Sammelpunkt für die Kreise in Handel und Gewerbe werden, die die Erhaltung und Befestigung der Grundsätze von Treu und Glauben auf ihre Fahne geschrieben haben. Die Zeitschrift erscheint monatlich und kostet pro Quartal Mk. 2.—.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. November 1901. XX. Band. No. 20.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag: Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux, und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Urteil des Schweiz. Bundesgerichtes betr. Krankenvereine. II. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Kauf. III. Entscheidungen der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich betr. a) Liegenschaftenkauf und Schuldübernahme, b) Nachlassvertag, c) Grundpfandverwertung.

Schweizerisches Bundesgericht.

3. Mai 1901.

Schweiz. Krankenkasse „Helvetia" c. Krankenverein „Helvetia" Thalweil und Horgen.

Krankenvereine.

Gehört ein für Krankheit und Todesfall gebildeter gegenseitiger Unterstützungsverein zu den „wirtschaftlichen Vereinen", die nach Art. 678 und 717 Obl.-R. zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit der Eintragung ins Handelsregister bedürfen, oder zu den nach Art. 717 und 719 der kantonalen Gesetzgebung unterstellten Korporationen?

Seit Jahren besteht für die Wahlkreise Horgen und Thalweil ein „Krankenverein Helvetia", der bezweckt, seine Mitglieder bei Erkrankungen, Unglücksfällen, und im Sterbefall zu unterstützen. Die Unterstützungen werden statutengemäß auf dem Wege monatlicher Beiträge der Mitglieder aufgebracht. Am 10. Dezember 1899 wurde in Zürich unter der Firma „Schweizerische Krankenkasse Helvetia" eine Genossenschaft gebildet, die ebenfalls die Unterstützung ihrer Mitglieder in Krankheitsfällen, mittelst von den Genossen zu leistender Beiträge bezweckt. Mit Zuschrift vom 3. März 1900 erhob nun der „Krankenverein Helvetia" bei der „Schweizerischen Krankenkasse Helvetia" Einsprache dagegen, daß diese sich den Beinamen „Helvetia" gebe, weil dadurch zu seinem Schaden Verwechslungen beider Verbände veranlaßt werden; die „Schweizerische Krankenkasse Helvetia" trat jedoch hierauf nicht ein; sie ließ im Gegenteil nunmehr ihren Namen ins Handelsregister eintragen. Der „Krankenverein Helvetia" erhob gegen sie Klage beim zürcherischen Handelsgericht mit dem Rechtsbegehren: Die Beklagte sei zu verpflichten, in der Bezeichnung ihres Namens das Wort „Helvetia" wegzulassen. Er behauptet, diese Benützung des Wortes „Helvetia" durch die Beklagte sei rechtswidrig; denn der klägerische Verein habe den Namen zuerst geführt und somit im Gebiete seines Wirkungskreises, in welchem die Beklagte sich ebenfalls bethätige, ein ausschließliches Recht auf denselben. Durch die Mitbenutzung des Namens „Helvetia" seitens der Beklagten werde der klägerische Verein geschädigt.

Die Beklagte machte hiegegen zunächst geltend: Dem Kläger fehle die Rechtspersönlichkeit und damit die Parteifähigkeit und Aktivlegitimation; denn derselbe sei ein

wirtschaftlicher Verein, der gemäß Art. 678 Obl.-R., um Persönlichkeit zu haben, im Handelsregister eingetragen sein müßte, was thatsächlich nicht zutreffe. Das Handelsgericht Zürich erklärte mit Urteil vom 8. Februar 1901 (s. diese Blätter S. 97 ff.) die Beklagten pflichtig, in ihrer Firma das Wort „Helvetia" wegzulassen.

Dieses Urteil wurde indes vom Schweiz. Bundesgericht auf die Berufung der Beklagten aufgehoben, da dem Kläger Rechtspersönlichkeit nicht zustehe.

Gründe:

1. Der klägerische Verein macht mit der gegenwärtigen Klage ein Persönlichkeits- oder Individualrecht geltend. Erste Voraussetzung der Klage bildet somit, daß er auch wirklich Persönlichkeit, d. h. rechtlich anerkannte Individualität besitze. Diese Frage ist insoweit eine Frage des eidgenössischen Rechts und daher der Entscheidung des Bundesgerichts unterstellt, als nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht einerseits alle korporativ gestalteten privatrechtlichen Personenverbände durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit erwerben können, anderseits bei Personenverbänden mit gemeinsamen Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs die Eintragung für die Entstehung dieses Rechts schlechthin unerläßlich ist, während Vereine mit idealen Zwecken auch ohne Eintragung in das Handelsregister als juristische Personen zu gelten haben, sofern das kantonale Recht sie als solche anerkennt. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Entscheidung der Vorinstanz sind nun, soweit das kantonale zürch. Recht in Betracht kommt, bei dem klägerischen Verein die Voraussetzungen der Rechtspersönlichkeit vorhanden. Da aber dieser Verein unbestrittenermaßen nicht im Handelsregister eingetragen ist, muß sich fragen, ob er zu derjenigen Kategorie von Personenverbänden gehört, deren kraft kantonalen Rechts bestehende Persönlichkeit auch bundesgesetzlich anerkannt wird, oder ob es sich bei ihm um einen Personenverband handle, der kraft eidg. Rechts nur durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit erwerben kann. Diese Frage hängt nach dem Gesagten davon ab, ob der klägerische Verein sich als wirtschaftlicher Verein, d. h. als Personenverband mit gemeinsamen Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs, oder aber als Verein für ideale Zwecke darstelle. (Art. 717 Abs. 1 Obl.-R.)

2. Was nun die Abgrenzung der beiden Kategorien anbelangt, so ist von vorneherein klar und von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden, daß das Kriterium eines wirtschaftlichen Vereins jedenfalls nicht, wie die Beklagte behauptet hat, im Besitz eines Vermögens gefunden werden kann; denn der Besitz eines Vermögens schließt ja offenbar nicht aus, daß der Vereinszweck auf die Pflege idealer Güter gerichtet sei, sondern ist im Gegenteil geeignet und teilweise auch, je nach dem betreffenden Gebiete, auf welchem die idealen Zwecke verfolgt werden, zur wirksamen Erreichung derselben sogar erforderlich. Ebenso hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, daß sich ein Personenverband auch nicht etwa schon dann ohne weiteres als wirtschaftlicher Verein darstelle, wenn er sich irgendwie wirtschaftlich bethätigt, insofern nämlich unter wirtschaftlicher Bethätigung überhaupt jede Bethätigung im wirtschaftlichen Verkehr verstanden wird. Gewiß können auch Vereine zu idealen Zwecken Rechtsgeschäfte abschließen, die durchaus wirtschaftlichen Charakter haben, z. B. Erwerbung von Sachen zu Vereinseigentum, Anstellung von Dienste leistender Personen u. s. w., ohne dadurch ihren Charakter als Körperschaften im Sinne des Art. 716 Obl.-R. zu verlieren. Das Wesentliche für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und sog. idealen Vereinen, und damit das Kriterium für die Notwendigkeit der Eintragung in das Handelsregister liegt nicht in der gelegentlichen Bethätigung, sondern in der Zweckbestimmung des Personenverbandes. So lange der Zweck des Vereins ausschließlich ein idealer bleibt, bedarf der Verein, sofern das kantonale Recht ihm die Rechtspersönlichkeit verleiht, der Eintragung in das Handelsregister nicht, auch wenn er in die Lage kommt, Rechtsgeschäfte des wirtschaftlichen

Verkehrs abzuschließen, wie umgekehrt der Umstand, daß die Bestimmung eines Personenverbandes in der Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Zwecke besteht, schlechthin genügt, um seine Eintragungspflicht zu begründen, gleichviel ob der Umfang der thatsächlich stattfindenden wirtschaftlichen Bethätigung ein größerer oder geringerer sei.

3. Es muß sich also einzig fragen, ob der Zweck des klägerischen Vereins innerhalb des Gebietes der Wirtschaft, der Verfolgung eigener ökonomischer Interessen durch Zusammenwirken der Vereinsgenossen liege, oder außerhalb desselben, auf dem Gebiete der idealen Güter des menschlichen Daseins, sei es in der Pflege der Nächstenliebe und Wohlthätigkeit, der Religion, wissenschaftlicher, künstlerischer oder auch geselliger Bestrebungen. Der klägerische Verein nun bezweckt nach den Statuten, seine Mitglieder bei Erkrankungen, Unglücksfällen und im Sterbefall zu unterstützen. Diesem Zwecke dienen die statutarisch vorgesehenen Eintrittsgebühren und die von jedem Mitgliede zu leistenden monatlichen Beiträge. Der Verein verfolgt hiernach nicht etwa gemeinnützige, außer den eigenen Interessen bezw. den Interessen seiner Mitglieder liegende Zwecke, sondern lediglich Interessen der Mitglieder selbst, und zwar ökonomische. Wer dem Verein beitritt, will sich gegen die Nachteile, die Krankheit, Unglücksfälle und der Sterbefall für seine wirtschaftliche Situation im Gefolge haben, versichern, und zwar durch Leistung der statutarisch vorgeschriebenen Geldbeiträge. Dieser Zweck ist unverkennbar ein rein wirtschaftlicher.

Allerdings sind solche Krankenvereine Institutionen zur allgemeinen Wohlfahrt und bedeutet die Unterstützung, die im einzelnen Falle einem Mitgliede zu Teil wird, eine Wohlthat für dasselbe; allein darum gehören sie noch keineswegs zu den Körperschaften, welche Art. 716 Obl.-R. im Auge hat und die Art. 717 das. in Gegensatz zu den wirtschaftlichen Vereinen setzt. Wie bereits der Bundesrat in seinem Rekursalentscheid vom 2. April 1896 in Sachen der allgemeinen Krankenkasse der Stadt Biel (Bundesblatt 1896 II. Teil, Seite 857 f.) betont hat, versteht das eidg. Obligationenrecht, wenn es in Art. 716 von Vereinen zu „wohlthätigen Zwecken“ spricht, Zwecke reiner Wohlthätigkeit, der Wohlthätigkeit gegen andere, nach außen. Bei dem klägerischen Verein, wie bei den Krankenkassen überhaupt, wird aber dem Einzelnen Unterstützung nicht etwa aus Freigebigkeit, aus altruistischen Motiven, gewährt; die ihm zukommende Leistung erfolgt auf Grund des Mitgliedschaftsrechts und ihr steht als Gegenleistung die Pflicht des Einzelnen zur Zahlung der Beiträge gegenüber, aus deren Summe die Unterstützungen bestritten werden. Die Wohlthätigkeit eines solchen Vereins seinen Mitgliedern gegenüber ist also eine wirtschaftliche Unterstützung, sie ist Versicherung. (s. Bundesrätl. Entsch. a. a. O.)

4. Die Vorinstanz hat nun aber dem klägerischen Verein die Rechtspersönlichkeit trotz mangelnder Eintragung ins Handelsregister deshalb zugesprochen, weil sie annahm, unter wirtschaftlichen Vereinen im Sinne des Art. 717 Obl.-R. seien nur diejenigen Personenverbände zu verstehen, bei welchen die wirtschaftliche Thätigkeit nicht bloß nach innen, gegenüber den Mitgliedern, sondern auch nach außen hin zur Geltung komme, die nicht nur gelegentlich in den Verkehr treten, sondern geradezu einen Geschäftsverkehr mit Dritten bezwecken. Allein dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Aus der Fassung des Art. 678 Obl.-R., welcher die Eintragung ins Handelsregister von Personenverbänden fordert, welche gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen, läßt sich Entscheidendes dafür nicht herleiten. Denn auch die Abwicklung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Verein selbst und den einzelnen Mitgliedern charakterisiert sich bei solchen Krankenvereinen, deren Zweck, wie bereits bemerkt, ein wirtschaftlicher ist, als wirtschaftlicher Verkehr. Und sodann ergiebt sich aus dem Zusammenhang der Art. 716 und 717 Obl.-R. mit Sicherheit, daß Art. 717, welcher von der juristischen Persönlichkeit von wirtschaftlichen Vereinen handelt, mit dieser letztern Bezeich-

nung den Gegensatz zu den in Art. 716 bezeichneten Vereinen zu idealen Zwecken ausdrücken will, woraus folgt, daß unter die wirtschaftlichen Vereine nach Meinung des Gesetzes alle diejenigen zu zählen sind, deren Zweck überhaupt nicht ein idealer im Sinne des Art. 716, sondern ein wirtschaftlicher ist, ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie dieser Zweck erreicht wird, ob durch eigentliche Verkehrsgeschäfte oder durch auf Gegenseitigkeit gegründete Versicherung der Mitglieder.

5. Ist aber der klägerische Verein nach dem Gesagten als ein Personenverband mit wirtschaftlichem Zwecke zu betrachten, so mangelt ihm gemäß Art. 717 Obl.-R. die juristische Persönlichkeit und ist deshalb die Klage ohne weiteres abzuweisen, ohne daß auf die weiteren Einwendungen der Beklagten eingetreten zu werden braucht.

Bemerkungen.

Der vorstehende Entscheid des Bundesgerichtes beruht auf der Annahme, daß für alle Personenverbände privatrechtlicher Natur, die nicht unter Art. 716 Obl.-R. fallen, ausschließlich das eidgenössiche Recht gelte. Diese Auffassung kann nun aber angesichts der Bestimmung des Art. 719 Obl.-R. unmöglich als richtig betrachtet werden. Die letztere Vorschrift ist allerdings keineswegs glücklich redigiert; aber es unterliegt doch keinem Zweifel, daß sie Korporationen im Auge hat, die weder unter Art. 717 noch unter Art. 716 zu subsumieren sind. Das zeigt wohl am besten das im Gesetz angeführte Beispiel der Allmendgenossenschaften, bei denen doch von einem idealen Zweck im Sinne des Art. 716 nicht gesprochen werden kann. Das Bundesgericht hat also u. E. die Frage nicht richtig gestellt, wenn es dem klägerischen Verein das Recht der Persönlichkeit deshalb absprach, weil derselbe keinen „idealen" Zweck verfolgt. Den Gegensatz bilden hier nicht die Art. 716 u. 717, sondern die Art. 717 u. 719. Dabei ist im weiteren zu berücksichtigen, daß der Ausdruck „wirtschaftlicher Verein" (Art. 717 Obl.-R.) oder „Verein zu Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs" (Art. 678 Obl.-R.) offenbar nicht jeden Personenverband umfassen will, dessen Zweck „innerhalb des Gebietes der Wirtschaft, der Verfolgung eigener ökonomischer Interesses durch Zusammenwirken der Vereinsgenossen" liegt. (Erw. 3 des bundesgerichtlichen Urteils.) Das zeigt wiederum das in Art. 719 gebrachte Beispiel der Allmendgenossenschaften, die im Sinne der bundesgerichtlichen Interpretation doch auch als wirtschaftliche Vereinigungen betrachtet werden müssen, trotzdem aber dem kantonalen Rechte unterstehen. U. E. ergiebt sich eine befriedigende Lösung nur, wenn man folgende Dreiteilung macht: 1. Vereinigungen, bei denen ein wirtschaftlicher Verkehr nach aussen stattfindet. Dieselben werden nach Art. 717 Obl.-R. ausschließlich vom eidgenössischen Rechte beherrscht und können, (sofern sie nicht Aktiengesellschaften sind) mit dem Rechte der Persönlichkeit nicht anders als in der Form der „Genossenschaft" (Art. 678 ff. Obl.-R.) konstituiert werden, 2. Vereinigungen mit wirtschaftlichen Zwecken, bei denen aber ein eigentlicher Verkehr nach aussen nicht beabsichtigt ist (Allmendgenossenschaften, Be- oder Entwässerungskorporationen, Verbände der Viehbesitzer zum Halten von Zuchttieren u. dgl.). Sie unterliegen nach Art. 719 Obl.-R. einzig und allein den Satzungen des kantonalen Rechts, 3. Vereine zu idealen Zwecken. Hier gilt an und für sich das kantonale Recht; der Verband kann aber, wenn ihn das letztere nicht anerkennt, die Persönlichkeit nach Maßgabe von Art. 716 Obl.-R. durch Eintragung ins Handelsregister erlangen.

Wenn das Bundesgericht dem gegenüber darauf hinweist, daß Art. 678 Obl.-R. nicht ausdrücklich von einem Verkehr nach aussen spricht, so dürfte auf diesen Umstand kein großes Gewicht zu legen sein. Ausschlaggebend erscheint uns, daß an und für sich das Recht der Korporationen dem Personenrecht angehört, also einer den eidgenössischen Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes über das Obligationenrecht nicht berührenden Materie, und daß Bundesrecht hier nur ausnahmsweise, nämlich nur soweit als es sich um das Verkehrsrecht handelte, geschaffen werden konnte. Dem Verkehrsrecht gehören aber Organisationen, bei denen der wirt-

schaftliche Verkehr sich nur im Innern des Verbandes abspielt, nicht an. — Es kommt hinzu, daß das Gesetz des norddeutschen Bundes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868, das bekanntlich für die Normierung der „Genossenschaften" des schweiz. Obligationenrechtes vorbildlich gewesen ist (Schneider, Kommentar zu Art. 678 Note 1), für die Genossenschaft das Requisit eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes aufstellte. (Vereine, die bloß Geldmittel ansammeln, um dieselben beim Eintritt gewisser Fälle unter ihre Mitglieder zu verteilen, wie Krankenkassen, Sterbekassen, Begräbnißvereine u. s. w., waren ausgeschlossen, (s. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, S. 151). Man wird nun wohl nicht fehlgehen, wenn man den in Art. 678 Obl.-R. gebrauchten Ausdruck „Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs" im Sinne des genannten deutschen Gesetzes interpretiert, um so weniger, als ja die für die Gründung einer schweizerischen Genossenschaft vorgeschriebene Form in der Eintragung ins Handelsregister besteht.

Handelsgericht des Kts. Zürich.

Kauf.

Vereinbarung bestimmter Lieferungstermine ohne Angabe eines bestimmten Lieferungsortes. — Erklärt der Käufer, das Verkaufsobjekt nicht annehmen zu wollen, so ist der Verkäufer nicht zur Realoblation verpflichtet.

Durch Vertrag vom 29. Juli 1899 verkaufte die Klägerin, Schweiz. Gesellschaft für Elektrotechnische Industrie in Bern, dem Beklagten Wegmann 150 T. Kalciumkarbid zum Preise von 400 Fr. per T. lieferbar in den Monaten September 1899 bis August 1900 und zwar je 10 T. im September—November 1899, je 20 T. im Dezember 1899—Februar 1900 und wieder je 10 T. im März—August 1900. Die erste Lieferung von 10 T. erfolgte im September 1899. Zufolge der Reklamation des Beklagten, das erhaltene Karbid ergebe nicht die vertraglich garantierte Gasausbeute von 300 L. per kg. Karbid, gewährte die Klägerin einen Preisabzug auf jener Rate. Die zweite Lieferung wurde erst am 18. Jan. 1900 in einem Umfange von 9000 kg. effektuiert. Über den Grund dieser Verzögerung herrscht zwischen den Parteien Streit. Immerhin steht fest, daß die Klägerin dem Beklagten auf seine Erklärung vom 8. Dezember 1899, er trete gestützt auf die mit der ersten Sendung gemachten, schlechten Erfahrungen von dem ganzen Vertrage zurück, unterm 11. gl. Mts. geantwortet hat, sie anerkenne eine Berechtigung des Klägers zu diesem Standpunkte nicht.

Die Januarlieferung führte dann zum Prozeß, in welchem der Beklagte nicht nur die Verpflichtung zur Abnahme dieser Rate bestritt, sondern auch widerklagsweise verlangte, daß „der sogen. Kaufvertrag vom 29. Juli 1899 als aufgehoben erklärt werde." Mit Urteil vom 17. August 1900 schützte die diesseitige Instanz bezüglich der Januarrate die Wandelungseinrede des Beklagten, da die erhobene Expertise die Minderwertigkeit der gelieferten Ware ergab, wies dagegen die Widerklage ab.

Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid unterm 3. November (abgedruckt auf S. 33 ff. dieses Jahrganges der Handelsr. Entsch.). Schon unterm 5. gl. Mts. offerierte die Klägerin hierauf die Lieferung der restlichen 13 Wagenladungen, worauf der Beklagte jedoch am 14. antwortete, er sei „nicht verpflichtet und gesonnen, weiter Karbid zu beziehen." Trotzdem sandte die Klägerin zwei Wagenladungen nach Zürich und ließ sie zu Handen des Beklagten bei der Petroleumlagergesellschaft einlagern. Obschon eine auf Veranlassung der Klägerin in einem Berliner Laboratorium vorgenommene Untersuchung eine Gasausbeute von mehr als 300 L. per kg. ergab, verweigerte der Beklagte die Abnahme. Mit der gegenwärtigen Klage wird verlangt, daß er hiezu verpflichtet werde.

Zur Begründung dieses Antrages wurde vorgebracht:

Nachdem die Frage, ob der Beklagte überhaupt noch Ware zu beziehen habe, im

frühern Prozeß in bejahendem Sinn entschieden worden sei, könne sie heute nicht neuerdings aufgegriffen werden. Ebensowenig gehe es an, daraus daß die Klägerin mit dem Januar 1900 die weitern Lieferungen sistierte, etwas gegen sie herzuleiten, da ja eben der Beklagte durch seine kategorischen Annahmeverweigerungen jede weitere Erfüllung des Vertrages vom Juli 1899 unmöglich gemacht habe. Die Klägerin hätte auch, mangels Angabe des Lieferungsortes durch den Beklagten gar nicht liefern können; auch die Einlagerung der heute streitigen Sendung bei der Petroleumlagergesellschaft sei nur erfolgt, um die Identität dieser Ware mit der in Berlin untersuchten feststellen zu können.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und Gutheißung einer Widerklage, wonach:

a) die Nichteinhaltung der im Vertrag vom Jahr 1899 bedungenen Fristen ihn zum Rücktritt vom Vertrag berechtige;

b) bei Verneinung dieses Anspruches, die Klägerin zur sofortigen Lieferung sämtlicher noch vom Beklagten zu beziehenden Lieferungen verpflichtet werde.

Begründet wurden diese Anträge folgendermaßen:

Der Vertrag enthalte hinsichtlich jeder einzelnen Rate ein Fixgeschäft, und da sämtliche Stichtage längst vorbei seien, bestehe keine Abnahmepflicht mehr für den Beklagten. Über diesen Standpunkt, den geltend zu machen z. Z. des frühern Prozesses ein Anlaß nicht vorgelegen habe, sei noch nicht entschieden worden. Aus der Beanstandung der damals streitigen Sendung habe die Klägerin um so weniger ein Recht herleiten dürfen, mit den andern Raten zuzuwarten, als der Vertrag ausdrücklich jede Rate ganz getrennt behandelt wissen wolle, und überdies habe sich jene Beanstandung als durchaus begründet herausgestellt. Auch die Behauptung, die Klägerin habe erst die Bestimmung des Lieferungsortes durch den Beklagten abwarten müssen, sei angesichts der Thatsache, daß sie drei Sendungen ohne solche Anweisung gemacht, haltlos. Auf jeden Fall liege betr. der Oktober-, November-, Dezember-, und eines Teiles der Januarsendung ein definitiver Verzicht der Klägerin vor.

Wenn der Vertrag vom Juli 1899 als noch für den Beklagten verbindlich erklärt werden sollte, so habe derselbe dann wenigstens ein Recht, samthafte Lieferung der noch ausstehenden Raten zu verlangen, damit die Prüfung der Ware auf einmal stattfinden könne. Ganz event. werde die Verbindlichkeit der einseitig von der Klägerin erhobenen Expertise sowie die Vertragskonformität der offerierten Ware bestritten.

Das Gericht beschloß hierauf, das Gutachten eines Fachmannes über die Ergiebigkeit des streitigen Karbides einzuziehen. Dieser stellte fest, daß dasselbe 311 l. Gas per kg. erzeuge. Dies Resultat wurde innert nützlicher Frist von keiner Partei angefochten. Dagegen brachte der Beklagte nachträglich noch vor, bei der Probeentnahme zwecks Untersuchung des Karbides habe sich die Verpackung desselben, d. h. die Büchsen, als alt und zum Teil sogar als undicht herausgestellt, infolgedessen die Ware durch den Zutritt atmosphärischer Luft der Zersetzung preisgegeben sei. Die Annahme des Karbides in solchen Büchsen könne ihm nicht zugemutet werden. Die Untersuchung sei noch auf diesen Punkt auszudehnen.

Hierüber befragt, äußerte sich der Experte dahin, er habe den vom Beklagten gerügten Mangel allerdings an mehreren Büchsen konstatieren können, sei aber auf Grund der von ihm angestellten Untersuchungen der Ansicht, daß eine wesentliche Schädigung des Karbides nur bei Wasserzutritt zu befürchten sei.

In der Schlußverhandlung nahm der klägerische Vertreter den Standpunkt ein, der Einwand betr. den Zustand der Büchsen sei in diesem Stadium des Verfahrens prozeßualisch nicht mehr zulässig; event. sei derselbe, als Mängelrüge aufgefaßt, verspätet. Der Defekt sei auch ganz unwesentlich, und könne schlimmsten Falls durch Nachlötung leicht gehoben werden.

Der Vertreter des Beklagten ging davon aus, daß es sich hier um einen verborgenen Mangel handle, der nicht früher habe entdeckt und geltend gemacht werden können.

Er verlangt daher die Einziehung eines Obergutachtens über die Bedeutung desselben.

Das Gericht hieß die Klage auf Abnahme der streitigen Lieferung gut und verwarf die Widerklage im vollen Umfang.

Gründe:

1. Der Beklagte nimmt gegenüber der Klage auf teilweise Erfüllung des Kaufvertrages den Standpunkt ein, er sei überhaupt nicht mehr zur Abnahme von Karbid verpflichtet, nachdem die Klägerin sämtliche Stichtage für die noch nicht gelieferten Raten habe vorbeigehen lassen, ohne ihrer Verpflichtung nachzukommen. In dieser Richtung kann nun dahingestellt bleiben, ob dieses Vorbringen überhaupt noch statthaft sei, nachdem bereits im frühern Prozeß über ein vom Beklagten auf Aufhebung des ganzen Vertrages gerichtetes Widerklagebegehren entschieden worden ist, da abgesehen von der Frage der formellen Zulässigkeit der Behauptung des Beklagten dieselbe materiell unbegründet ist. Der Vertrag vom Juli 1899 statuiert allerdings für die einzelnen Raten bestimmte Termine. Da es aber in dem Vertrage an der Angabe eines bestimmten Lieferungsortes fehlt — das fragliche Formular lautet: „Die schweiz. Gesellschaft für elektrochemische Industrie verkauft ..... franko Station Zürich oder beliebige Station der N. O. B. geliefert" — so war die Klägerin nicht im Verzuge, so lange sie nicht im Besitze einer Versandordre des Beklagten war. Eine solche ist aber von diesem nie erteilt worden; gegenteils hat derselbe stets gegen die Aufgabe der einzelnen Sendungen seit dem Dezember 1899 protestiert. Er kann auch nicht gestützt darauf, daß die Klägerin die drei thatsächlich effektuierten Sendungen ohne eine bezügliche Ordre des Beklagten nach Zürich dirigierte, geltend machen, dieselbe habe gerade durch dieses Verhalten dokumentiert, daß es der Angabe eines Lieferungsortes nicht bedurfte. Die Klägerin war allerdings bei der Weigerung der Beklagten, die Versandordre zu erteilen, zur Lieferung nach Zürich berechtigt. Eine Verpflichtung, die Ware auch ohne Angabe des Lieferungsorts zu expedieren, lag ihr aber nicht ob. Übrigens konnte ihr angesichts des Verhaltens des Beklagten — der den ganzen Vertrag für dahingefallen erklärt hatte — auch abgesehen von dem Gesagten, eine Realoblation der Ware nicht zugemutet werden; erklärt der Käufer bestimmt, das Kaufsobjekt nicht annehmen zu wollen, so genügt es, wenn der Verkäufer sonst seine Erfüllungsbereitschaft bekundet. (Vgl. Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 222.) Das Widerklagebegehren *a* ist somit abzuweisen.

2. Die weitere Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe wenigstens bezüglich eines Teiles der Raten auf Lieferung verzichtet, ist nicht zum Gegenstand der Widerklage gemacht, und als bloße Einrede ist sie im vorliegenden Prozeß deshalb ohne Bedeutung, weil nach dem bereits Gesagten feststeht, daß der Beklagte auf jeden Fall noch mehr Karbid abzunehmen hat, als ihm z. Zt. angeboten wird. (Folgen Ausführungen darüber, daß die Einrede auch materiell unbegründet sei.)

3. Hinsichtlich der heute von der Klägerin offerierten Lieferung nimmt der Beklagte zunächst den Standpunkt ein, daß die Klage verworfen werden müsse, weil er eine bloß teilweise Vertragserfüllung zurückweisen könne. Da nun aber nach der Intention der Parteien jede Rate als ein besonderes Geschäft zu behandeln ist, handelt es sich gar nicht um eine Teillieferung, sondern nur darum, daß die Klägerin bis jetzt nicht die sämtlichen Geschäfte zur Ausführung gebracht hat. Dieser Umstand steht aber natürlich der Gutheißung der Klage nicht entgegen. Nun hat aber der Beklagte im weitern die Vertragskonformität der Ware angefochten, mit der Behauptung, das Karbid erzeuge nicht die vertragliche Gasmenge. Da es sich bei der von der Klägerin erhobenen Expertise nur um ein Privatgutachten handelte und nicht feststand, ob der Beklagte zur Probeentnahme zugezogen und dabei in einer der besonderen Natur des Objektes entsprechenden Art vorgegangen wurde, so ordnete das Gericht eine weitere Untersuchung der Ware an. Dieselbe stellte die vertragskonforme Qualität des Karbides fest, was nun auch vom Beklagten nicht mehr angefochten wird. Wohl aber hat derselbe nachträglich den Zustand der Büchsen

angegriffen und geltend gemacht, daß ihm die Annahme der Ware in so mangelhafter Verpackung nicht zugemutet werden könne. Damit erhebt der Beklagte nicht etwa eine Mängelrüge im Sinne von Art. 246 Obl.-R., da die Voraussetzung einer solchen, daß die Sache „empfangen", d. h. in den Gewahrsam des Käufers genommen sei, nicht vorliegt. Vielmehr wird behauptet, die Ware werde hinsichtlich der Verpackung nicht in vertragsgemäßem Zustand angeboten (Art. 260), wie dies vorher bezüglich des Karbides selbst geltend gemacht worden war. Mit dieser Einrede ist der Beklagte jedoch im Hinblick auf § 336 Rpfl.-G. im gegenwärtigen Stadium des Prozesses nicht mehr zu hören, da auch keine der in § 337 vorgesehenen Ausnahmen zutrifft. Weder ergiebt sich die Richtigkeit jener Behauptung aus den Prozeßakten, wie sie bei Geltendmachung der Einrede vorlagen (das nachträglich noch für alle Fälle eingeforderte Ergänzungsgutachten der Experten kommt hier nicht in Betracht), noch war der Mangel so schwer erkennbar, daß er nicht schon in der Hauptverhandlung hätte geltend gemacht werden können. Jedenfalls hätte die Einrede sofort, nachdem der Fehler anläßlich der Probeentnahme entdeckt worden war, beim Gericht erhoben werden müssen, und durfte der Beklagte damit nicht noch volle drei Wochen zuwarten.

4. Was schließlich das zweite Widerklagebegehren anbelangt, so handelt es sich dabei um eine Feststellungsklage, die zu erheben der Beklagte gar kein rechtliches Interesse besitzt. Die Klägerin hat ja in keiner Weise bestritten, daß der Anspruch auf die Lieferung nunmehr bei sämtlichen Raten fällig sei; einer diesbezüglichen Feststellung bedarf es also nicht.

(12. Juli 1901. Schweiz. Gesellschaft f. elektrotechnische Industrie c. Wegmann.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Liegenschaftenkauf. Schuldübernahme.

Miteigentum an einer Liegenschaft oder einfache Gesellschaft? Aufnahme eines neuen und Entlassung eines alten Gesellschafters. Folgen für die Gesellschafter: Gleichberechtigung derselben, Solidarhaft gegenüber Dritten, Schuldübernahmepflicht des einzelnen Gesellschafters bei Handänderung. § 363 Priv. G.-B. Klagerecht des zahlenden Schuldners gegenüber dem Schuldübernehmer aus dem Rechte des Gläubigers. Analoge Anwendung des Art. 126 Ziff. 1 Obl.-R. auf die Schuldübernahme im Hypothekarverkehr (Zahlung durch Dritte).

Am 9. Dez. 1895 verkauften E. Moos & S. V. Weil an Bhend & Wedekind unter solidarer Haftbarkeit der letztern eine Liegenschaft. In einem am 7. Nov. 1896 errichteten Schuldbrief bekannten sodann Bhend & Wedekind unter Solidarhaft dem Moos & Weil infolge Löschung alter Schuldtitel die Summe von 167,000 Fr. schuldig geworden zu sein.

Am 8. Mai 1899 wurde der Brief auf 162,000 Fr. herabgesetzt.

Mittelst Fertigung vom 21. Dez. 1896 traten nun Bhend & Wedekind den unausgeschiedenen dritten Teil der Liegenschaft an Letsch und an Weidmann ab, welche einen Dritteil der Kapitalschuld von 167,000 Fr. bezw. 162,000 Fr. übernahmen.

Durch einen weitern Abtretungsvertrag und Fertigung vom 11. Oktober 1897 cedierte Wedekind an Schlick seinen unausgeschiedenen dritten Teil an der Liegenschaft gegen Übernahme eines Dritteils der Kapitalschuld von 167,000 Fr. bezw. 162,000 Fr. durch den Käufer.

Endlich trat Bhend durch Vertrag vom 3. Nov. 1900 seinen unausgeschiedenen Drittteil ebenfalls an Letsch und an Weidmann ab. Der Vertrag setzte fest, daß die auf dem cedierten Dritteil lastenden 54,000 Fr. als einen Dritteil an dem 162,000 Fr. haltenden Schuldbrief, sowie 1600 Fr. laut

Schuldbrief vom 4. Dez. 1897 von den Erwerbern übernommen werden.

Die Abtretung erfolgte gegen Übernahme dieser zwei Posten und gegen Bezahlung von 3624 Fr.

In der Urkunde befindet sich folgender Eintrag: „An diesen letztern Betrag hat der Miterwerber Letsch seine Hälfte mit 1812 Fr. heute bar dem Abtreter bezahlt."

Die andere Hälfte, welche Weidmann zu entrichten pflichtig war, wurde nicht bezahlt. Bhend versuchte nun, auch die zweite Hälfte des Betrages von Letsch zu erhalten; er wurde aber vom Audienzrichter abgewiesen mit der Begründung, daß offenbar zwischen Letsch & Weidmann keine einfache Gesellschaft vorliege, weil der Vertrag ausdrücklich von zwei Hälften, die jeder zu bezahlen schuldig sei, spreche, welche Anspruchsweise nicht auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hinweise.

Gegenwärtig ist die Thurgauische Kantonalbank Eigentümerin des Schuldbriefes von 162,000 Fr. Sie hält sich für die Zinszahlungen an Wedekind, welcher auch den Zins von Martini 1900 mit 6480 Fr. bezahlt hat.

Im Dezember 1900 ließ nun Wedekind dem Letsch einen Zahlungsbefehl für 6480 Fr. zugehen, gegen den Recht vorgeschlagen wurde.

Wedekind verlangte Rechtsöffnung. Letsch anerkannte seine Schuldpflicht mit Bezug auf einen Dritteil dieser Summe, also auf 2160 Fr., bestritt aber jede weitere Schuldpflicht.

Der Audienzrichter erteilte dem Wedekind für die anerkannten 2160 Fr. definitiv und für den Rest von 4320 Fr. provisorisch Rechtsöffnung. Letsch leitete nun gegen den Wedekind mit Bezug auf die nicht anerkannten $^2/_3$ der Zinsforderung die Aberkennungsklage ein.

Das Bezirksgericht Zürich verpflichtete den Kläger Letsch an den Beklagten Wedekind 2160 Fr. nebst Zins etc. zu bezahlen, erklärte die provisorische Rechtsöffnung mit Bezug auf diesen Betrag als definitiv und hieß im übrigen die Klage gut.

Die Appellationskammer wies dagegen die Aberkennungklage ab.

Gründe:

1. Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheide auf den Standpunkt gestellt, es seien die Erwerber der von den ursprünglichen Miteigentümern und Gesellschaftern Bhend und Wedekind veräußerten Liegenschaftenanteile nicht in das Gesellschaftsverhältnis Bhend-Wedekind eingetreten, sie ist aus diesem Grunde zur Verneinung der Solidarhaft des Klägers für die gesamte Schuldbriefschuld gekommen. Dagegen nimmt sie an, es habe allerdings zwischen dem Kläger und Weidmann bezüglich den von diesen beiden erworbenen zwei Dritteilen eine Gesellschaft bestanden, so daß jeder der beiden nicht etwa nur für zwei Mal $^1/_6$, sondern für zwei Mal $^1/_3$ der Schuldbriefsumme Solidarschuldner sei. So kam das Bezirksgericht zur Gutheißung der beklagtischen Forderungen zu zwei Dritteln, ohne weiter die Frage zu prüfen, aus welchen rechtlichen Gesichtspunkten der Beklagte legitimiert erscheine, auch denjenigen Dritteil direkt vom Kläger zu verlangen, für welchen er sich richtigerweise an Bhend, als seinen ehemaligen Mitgesellschafter hätte halten sollen.

2. In erster Linie ist nun, im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz, festzustellen, daß die Umstände dafür sprechen, daß jederzeit zwischen sämtlichen Miteigentümern eine Gesellschaft bestanden hat.

Vor allem besteht Übereinstimmung zwischen den Parteien, daß unter allen Umständen zwischen den ursprünglichen Miteigentümern Bhend & Wedekind ein Gesellschaftsverhältnis bestanden habe, woraus sich erklärt, daß beide in dem Schuldbrief von 16,700 Fr. dat. 17. Nov. 1896 sich als Solidarschuldner bekannt haben.

Nun haben die beiden Gesellschafter am 21. Dezember 1896 einen unausgeschiedenen Dritteil der im Miteigentum derselben stehenden Liegenschaft dem Letsch & Weidmann abgetreten. Dabei wurde zwischen den Kontrahenten unter anderem die Vereinbarung getroffen, daß kein Teil ohne Zustimmung der andern Miteigentümer seinen ideellen Anteil veräußern dürfe. Bei gesamtem oder teilweisem Verkaufe könne der einzelne Miteigentümer zur Fertigung ange-

halten werden, sofern die Besitzer von zwei Hauptteilen (2/3) einverstanden seien und der Kaufpreis mindestens fünfzig Rappen per □′ betrage (Ziff. 2 der „weitern Bestimmungen“ der Kaufsfertigung).

In dieser vertraglichen Bestimmung liegt einerseits eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit des einzelnen Gesellschafters über seinen Liegenschaftenteil, anderseits, was von grosser Wichtigkeit ist, die Ermächtigung für die Mehrheit der Miteigentümer unter gewissen Bedingungen auch über den Anteil des Dritten, selbst gegen dessen Willen, frei zu verfügen.

Der Zweck dieser Bestimmung war offensichtlich der, einer Mehrhrit der Beteiligten die günstige Realisierung des Gemeinschaftsvermögens zu sichern, aus ihr geht der gemeinsam verfolgte Spekulationszweck zur Evidenz hervor. Dieser Zweck sollte durch „gemeinsame Mittel“ erreicht werden, mit den gemeinschaftlich besessenen Liegenschaften. Damit waren alle gesetzlichen Requisite für die einfache Gesellschaft gegeben, welche Art. 524 Obl.-R. definiert als die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Davon, daß es für die Entstehung einer Gesellschaft auch noch eines besondern Gesellschaftsstatuts, oder der ausdrücklichen Bezeichnung der Verbindung durch die Beteiligten als Gesellschaft bedürfe, steht im Gesetze nichts.

3. Zweifellos bestund also zwischen Bhend, Wedekind, Weidmann & Letsch eine einfache Gesellschaft, bezw. es wurden Weidmann & Letsch mit dem Vertrag vom 21. Dez. 1896 gemeinsam zu einem Dritteil anteilsberechtigt an der früher schon bestandenen Gesellschaft Bhend & Wedekind.

Das Gleiche war der Fall bei der Veräußerung des Drittels Wedekind an Schlick vom 11. Oktober 1897. Gemäß der Kaufsfertigung (Ziff. 3 der „weitern Bestimmungen“) trat der Käufer Schlick in die mit den übrigen Liegenschaftenanteilhabern bestehenden Bestimmungen betreffend Verkauf der Liegenschaften ein, und es haben jene übrigen Anteilhaber, Weidmann, Bhend und Letsch, in besonderer Erklärung vom 29. Sept. 1897 sich mit dieser Veräußerung ausdrücklich einverstanden erklärt.

Damit war Schlick an Stelle des Wedekind in die Gesellschaft eingetreten, denn Wedekind besaß nun gar keinen Anteil mehr, war also mit der Veräußerung seines Anteils aus der Gesellschaft ausgeschieden.

Durch Zufertigung seines Anteils an die Mitgesellschafter Letsch & Weidmann ist dann auch Bhend am 3. November 1900 aus der Gesellschaft ausgetreten.

4. Es läßt sich nun nicht annehmen, daß man durch die Fertigungsakte vom 21. Dezember 1896 und 11. Oktober 1897 die Haftung der neueintretenden Gesellschafter habe beschränken, ihre Solidarhaftung für die Gesellschaftsschuld habe ausschließen wollen.

Nach außen wäre eine Beschränkung der Haftung nur möglich gewesen im Einverständnis des mit der Gesellschaft kontrahierenden Dritten (Art. 544 Abs. 3 Obl.-R.); bereits erworbene Rechte Dritter konnten natürlich gar nicht alteriert werden. Daß man aber nach innen die Haftung der neuen Gesellschafter habe beschränken, eine Sonderstellung der neuen Gesellschafter schaffen wollen, dafür liegen gar keine triftigen Gründe vor. Ein Gesellschafter, der eine privilegierte Stellung in der Gesellschaft eingeräumt erhalten zu haben behauptet, hat den Beweis hiefür zu erbringen und dafür genügt im gegebenen Falle die Thatsache nicht, daß jeweils in den Fertigungsakten vom 21. Dezember 1896, 11. Oktober 1897 und 3. November 1900 nur ein Drittel der Hypothekarschuld dem neuen Erwerber überbunden wurde.

In dieser Beziehung ist vor allem zu sagen, daß das Vorgehen des Notars bei Überbindung der Hypothekar-Vorstände entschieden unkorrekt war. Es mag dahin gestellt bleiben, ob nicht die Notare verpflichtet seien, bei Eigentumsübertragungen von Amtes wegen für die gleichzeitige Schuldüberbindung zu sorgen — es ist schon die Anschauung vertreten worden, daß nach zürch. Priv. Recht eine Übertragung von Grundeigentum auch ohne Überbindung der Hypothekarschulden und zwar ohne Begrüßung des Hypothekargläubigers zulässig sei (vgl. H. E. XX S.

103) — aber daran ist jedenfalls festzuhalten, daß wenn einmal der Wille zwischen den Kaufskontrahenten besteht, die Hypothekarschulden dem neuen Erwerber zu überbinden, die Schulden dann so wie sie sind überbunden werden müssen. Es kann nicht als zulässig erachtet werden, z. B. nur einen Teil einer Schuld zu überbinden, einen andern Zinsfuß einzusetzen, aus einer Abzahlungsschuld eine feste Schuld zu machen, ebensowenig geht es aber an, eine Solidarschuld in Schuldteile zu zerlegen — sofern nämlich nicht der Hypothekargläubiger dazu ausdrücklich seine Einwilligung giebt, — denn das dem Gläubiger in § 363 pr. O.-B. eingeräumte Wahlrecht zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem neuen Erwerber bedingt, daß ihm gleichartige und gleichwertige Schuldversprechen zur Wahl präsentiert werden.

Auf alle Fälle hätte also im Fertigungsakte die Solidarlast des neuen Erwerbers für die übrigen zwei Drittel der Schuldsumme ausdrücklich vorbehalten werden sollen. Das hat der Notar unterlassen, und so kann es zweifelhaft erscheinen, ob z. B. dem Kläger wirklich nur ein Teil der Schuld habe überbunden oder ob nicht doch nebenbei die Solidarlast für das Ganze habe vorbehalten werden wollen.

Alle Umstände sprechen aber dafür, daß man in den Kaufsfertigungen nichts anderes zum Ausdruck bringen wollte, als daß im Verhältnis der Gesellschafter unter sich jeder Beteiligte proportional seinem Gesellschaftsanteil für die Schulden der Gesellschaft aufzukommen, und im gleichen Verhältnis Anspruch habe, ohne daß man weiter an die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten dachte.

Wie oben gesagt lag absolut keine Veranlassung vor, den neuen Gesellschaftern eine Sonderstellung einzuräumen; hätte man dies aber gewollt, so wäre es gewiß irgendwo ausdrücklich erklärt worden. Die Thatsache, daß man über das Verhältnis der neuen Gesellschafter zu den alten gar kein Wort verlor, läßt darauf schließen, daß man eben ohne weiteres annahm, es stehen den erstern die gleichen Rechte und Pflichten zu wie den letztern. Es war also wohl nur eine Zufälligkeit oder Mangel an Überlegung, wenn man an das Rechtsverhältnis des einzelnen Gesellschafters zum Hypothekargläubiger nicht dachte und vergaß, im Fertigungsakt ausdrücklich zu erwähnen, daß dem Gläubiger gegenüber Solidarhaft der Gesellschaft für die ganze Hypothekarschuld bestehe.

5. Ist aber der Kläger aus dem im Fertigungsakt vom 21. Dezember 1896 enthaltenen Gesellschaftsvertrag einmal Solidarschuldner für die ganze Schuldbriefsumme geworden, dann ist es gleichgültig, wie sich die Rechtsstellung des später hinzutretenden Schlick gestaltete; einmal Solidarschuldner geworden, blieb der Kläger Solidarschuldner für die Gesellschaftsschuld. Festzustellen ist aber, daß der Beklagte mit der Veräusserung seines Anteils an Schlick aus der Gesellschaft gänzlich ausschied, im Einverständnis der Mitgesellschafter. Diese Entlassung bedingte, daß die Gesellschaft nunmehr materiell ausschließlich für die Gesellschaftsschuld haftete, wenn auch formell gegenüber den bereits existenten Gesellschaftsgläubigern die Haftung des Beklagten für die Gesellschaftsschulden einstweilen noch fortdauerte.

6. Dieser Sachlage entsprechend, kann der Klageanspruch des Beklagten gegen den Kläger aus zwei Gesichtspunkten begründet werden:

a) aus dem gesetzlichen Regreßrecht des Gesellschafters auf den Mitgesellschafter (Art. 537 Obl.-R.). Die Entlassung des Beklagten aus der Gesellschaft involvierte die Pflicht des letztern, dem erstern für alle Auslagen aufzukommen, die ihm in der Folge noch durch Bezahlung von Gesellschaftsschulden erwachsen;

b) aus dem auf den Beklagten übergegangenen Klagerecht der Schuldbriefgläubigerin, der thurg. Kantonalbank.

Es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß man im zürcherischen Verkehr und in der Gerichtspraxis stets davon ausging, daß der ehemalige Grundeigentümer und Schuldner, wenn er nach erfolgter Veräußerung und Schuldübertragung einer Zahlung auf Rechnung des Schuldbriefes an den Kreditor leistete, dafür seinem Käufer, dem Schuldübernehmer gegenüber ipso jure in die Rechte

des Kreditors eintrete und zwar in dessen Rechte mit allen Nebenrechten, also auch mit dem Pfandrechte [R. B. 98 Nr. 30]. (Vgl. Schneiders Kommentar Note 4 und 5 zu § 363 des Priv. G. B.) Im alten Priv. G.-B. war dieser Rechtssatz begründet in den §§ 942, 1034 und 1027. Der letztgenannte § bestimmte, daß ausnahmsweise der Gläubiger nach der besondern Natur eines Rechtsgeschäftes oder um einer bestimmten Verbindung willen, in welcher er zu einem Dritten stehe, auch verpflichtet sei, seine Forderung diesem abzutreten. Aber auch ohne Willenserklärung des Cedenten sei der Dritte, weil die Cession eine notwendige sei, berechtigt, die Forderung für sich anzusprechen und geltend zu machen, wenn nicht das Gesetz etwas anderes bestimme.

Diese Bestimmungen sind nun allerdings im revidierten neuen Privatrecht weggelassen worden, aber zweifellos nicht mit dem Willen eine materielle Gesetzesänderung eintreten zu lassen, sondern wohl deshalb, weil man davon ausging, daß das Obligationenrecht jene kantonalen Bestimmungen ersetze. Diese Auffassung war nun allerdings nicht ganz zutreffend, denn das Obligationenrecht kennt die cessio necessaria nur in beschränktem Umfange, und kennt sie expressis verbis gerade für den Spezialfall nicht, wo der frühere Schuldner eine dem Schuldübernehmer überbundene Schuld bezahlen muß. Trotzdem hat sich im Liegenschaften- und Schuldbrief-Verkehr eine Lücke der jetzigen Gesetzgebung in dieser Richtung bisher nicht fühlbar gemacht, weil man es offenbar für selbstverständlich hielt, daß gleich wie unter dem alten Gesetz, auch unter dem neuen der zahlende Schuldner gegen den Schuldübernehmer aus dem Rechte des Gläubigers zu klagen berechtigt sei. In der That würde es zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen, wenn man dem zahlenden Schuldner gegen den Schuldübernehmer nur das Klagerecht aus dem Schuldübernahmevertrag zugestehen wollte, denn aus diesem könnte jener nur eine laufende Forderung geltend machen, weil ja sein Anspruch, auf Liberierung von der Schuld nicht pfandrechtlich geschützt ist, somit wäre das Pfandrecht für seine Regreßforderung verloren.

Es läßt sich nun auch gewiß ohne großen Zwang diese Lücke der Gesetzgebung ausfüllen durch eine analoge Anwendung des Art. 126 Ziff. 1 des Obl.-R., worin bestimmt ist, daß, soweit ein Dritter den Gläubiger befriedige, dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn übergehen: wenn er ein Pfand einlöse, welches er für eine fremde Schuld bestellt habe. Eine analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmung hält Hafner i. s. Kommentar Note 5 auch in dem Fall für zulässig, wo die Sache des zahlenden Dritten durch einen Nichtberechtigten verpfändet worden ist.

Nun handelt es sich auch in unserem Falle gewissermaßen um eine Pfandauslösung, um die Bezahlung einer fremden Pfandschuld durch einen Dritten, und es ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch hier das Gleiche gelten sollte, wie in jenem unter Ziffer 1 erwähnten Falle.

7. Allerdings ist eingewendet worden, daß von einem Übergang des Klagerechtes des Gläubigers auf den zahlenden Schuldner deshalb nicht die Rede sein könne, weil ja der alte Schuldner dem Gläubiger nicht eine fremde, sondern die eigene Schuld bezahlt, seine Schuldverbindlichkeit getilgt habe.

Diese Einwendung kann aber nicht als zutreffend erachtet werden. Es ist an der früher vertretenen Ansicht (vgl. H. E. Bd. XX S. 104 Erwäg. 3) festzuhalten, daß mit der Schuldübertragung und Kaufsfertigung die Hypothekarschulden materiell auf den neuen Erwerber übergehen und daß die einstweilige Forthaftung des alten Schuldners im Sinne des § 363 Priv. G.-B. nur als eine formelle zu betrachten sei. Wenn daher der alte Schuldner die dem neuen Erwerber überbundene Schuld bezahlt, so erfüllt er allerdings dem Gläubiger gegenüber formell eine eigene Verbindlichkeit, materiell bezahlt er aber eine fremde Schuld, welche der Übernehmer bereits in seine Passiven eingestellt hat und welche der Gläubiger ebensogut, kraft eigenen Rechtes, direkte von letzterem hätte eintreiben können. In dieses Recht des Gläubigers, nach Belieben auch gegen den Schuldübernehmer zu klagen, muß der zahlende Dritte eintreten können. Wie schon gesagt, kann er aus eigenem Rechte, aus dem Schuldübernahmevertrag,

ein Pfandrecht für den Regreßanspruch nicht ableiten; ohne Pfandrecht aber hat sein Regreßanspruch keinen oder nur geringen Wert, und es kann doch nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben, den zahlenden Schuldner dem Schuldübernehmer gegenüber schlechter zu stellen, als den Hypothekargläubiger. Es hat denn auch die frühere Gerichtspraxis (vgl. Zeitschrift für zürch. Recht Bd. XIII S. 274) keinen Anstand genommen, den Übergang jenes Klagerechts des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer auf den zahlenden Urschuldner in gleicher Weise zu konstruieren, wie dies oben geschehen ist.

8. Es hat übrigens der Vertreter des Klägers in der Appellationsverhandlung auch ausdrücklich anerkannt, daß der Beklagte berechtigt sei, aus dem Rechte der Thurg. Kantonalbank zu klagen und hat dem Beklagten lediglich die Einrede entgegengehalten, daß er den Kläger deshalb nicht für das Ganze belangen könne, weil diesem nur 2/3 der Gesamtschuld überbunden worden seien. Bei jener Anerkennung der Forderungsberechtigung des Beklagten ist der Kläger eventuell zu behaften. Die eben erwähnte Einrede ist deshalb schon unbegründet — abgesehen von den Erwägungen unter Ziffer 4 —, weil ja der Beklagte nicht eine Forderung aus dem Schuldübernahmevertrag, sondern die Forderung der thurg. Kantonalbank aus dem Solidarschuldverhältnis der Gesellschafter ihr gegenüber geltend macht. Unter allen Umständen wird man auch nicht in jener unrichtigen und unzulässigen Schuldüberbindung eine Garantie des Beklagten erblicken dürfen, daß der Kläger als Gesellschafter nie für mehr als einen Drittel der Schuld dürfe belangt werden.

9. Ist durch das Gesagte festgestellt, daß der Beklagte der thurg. Kantonalbank durch Bezahlung der Fr. 6481. 50 Cts. eine Schuld der Gesellschaft Letsch und Mitbet. bezahlte, für welche der Kläger als solidarisch haftender Gesellschafter aufzukommen hat, dann war der Beklagte berechtigt, den letztern für die ganze Forderung zu belangen, und es muß daher die Aberkennungsklage gänzlich abgewiesen werden.

(21. Mai 1901, i. S. Wedekind c. Letsch. — U.)

II. Nachlassvertrag.

Konkurs eines Kollektivgesellschafters und Nachlaßvertrag der Kollektivgesellschaft. Geltendmachung einer Forderung im Privat-Konkurs des Gesellschafters und im Nachlaßverfahren der Gesellschaft. Weigerung des Konkursamtes, die angemeldete Forderung nach der Erfüllung des Nachlaßvertrages in den Kollokationsplan des Privatkonkurses des Gesellschafters aufzunehmen. Hatte der von der Gesellschaft abgeschlossene Nachlaßvertrag die Unklagbarkeit des nachgelassenen Teiles der streitigen Forderung nicht nur gegenüber der kontrahierenden Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem in Konkurs geratenen Teilhaber zur Folge? Art. 218 Sch.- u. K.-G. Rechtliche Natur der Kollektivgesellschaft. Der Abschluß des Nachlaßvertrages mit der Gesellschaft erfolgt zugleich mit den Gesellschaftern; Befreiung derselben von einer weitern Gewährspflicht. Art. 303 des B.-G. betr. Sch. u. K.

Der am 22. Januar 1900 in Konkurs geratene Haab ist unbeschränkt haftender Teilhaber der Kollektivgesellschaft St. & Co. Letztere schuldete der Rekurrentin Fr. 7009. 80 Cts. Gestützt auf Art. 218, Abs. 2 B.-G. ü. Sch. u. K. meldete die Rekurrentin im Konkurse des Teilhabers Haab die ganze Forderung von Fr. 7009. 80 Cts. an und die Konkursverwaltung kollozierte dieselbe in fünfter Klasse. Am 14. April 1900 lief die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes ab, ohne daß die erwähnte Forderung von irgend welcher Seite angefochten worden wäre. Inzwischen hatte die Kollektivgesellschaft St. & Co. bereits Unterhandlungen mit ihren Gläubigern zum Zwecke des Abschlusses eines Nachlaßvertrages ins Werk gesetzt. Die Rekurrentin, die ihre Forderung im Nachlaßverfahren anmeldete, gab ihre Zustimmung zum Nachlaßvertrage nicht, wohl aber die Verwaltung des Haabschen Privatkonkurses, die ebenfalls Forderungen an die Gesellschaft St. & Co. zu stellen hatte. Am 18. April 1900 wurde der Nachlaßvertrag gerichtlich bestätigt und hatte damit auch verbindliche Kraft gegenüber der Rekurrentin erlangt. Als nun im Haabschen Privatkonkurse der Verteilungsplan aufgestellt

wurde, erhielt die Rekurrentin (im Dezember 1900) die Mitteilung, daß sie von der Beteiligung am Konkurs-Erlöse ausgeschlossen sei, weil ihre Forderung mit der Ausbezahlung der Nachlaßvertrags-Quote gegenüber der Firma St. & Co. sowohl als auch gegenüber dem Teilhaber Haab erloschen sei. Eine beim Bezirksgerichte Pfäffikon hiegegen erhobene Beschwerde wurde von letzterem am 15. Januar 1901 abgewiesen, vom diesseitigen Obergerichte zweitinstanzlich dagegen insoweit gutgeheißen, als das Konkursamt für den Fall, daß es die Rekurrentin von der Befriedigung aus der Konkursmasse Haab ausschließen wolle, angewiesen wurde, einen abgeänderten Kollokationsplan aufzulegen.

Zufolge dieses Beschlusses stellte die Verwaltung des Haabschen Konkurses am 8. Mai ds. Jahres einen neuen Kollokationsplan auf, welcher die Forderung der Rekurrentin nicht enthält. Letztere focht darauf den so abgeänderten Kollokationsplan beim Präsidium des Bezirksgerichtes Pfäffikon rechtzeitig an, wurde aber mit ihrer Klage abgewiesen. Hiegegen rekurriert nun die Klägerin, indem sie beantragt, es sei ihre Klage, mit welcher sie die Aufnahme ihrer Forderung von Fr. 7009. 80 Cts. in den Kollokationsplan des Haabschen Konkurses verlangt, gutzuheißen.

Der angefochtene Entscheid wurde bestätigt.

Gründe:

1. Der Vertreter der Rekurrentin hält in erster Linie an dem von ihm im Beschwerdeverfahren schon geltend gemachten Standpunkt fest, daß es nicht zulässig gewesen sei, den Kollokationsplan nachträglich abzuändern. Es ist jedoch klar, daß eine nachträgliche Abänderung des Kollokationsplanes nicht nur dann, wenn neue Konkursforderungen hinzutreten, sondern auch wenn bereits kollozierte Ansprüche im Verlaufe des Konkursverfahrens hinfällig werden, zulässig, ja sogar notwendig ist. Wäre die Behauptung der Rekurrentin, daß der Nachlaßvertrag der Firma St. & Co. schon vor der Aufstellung des ursprünglichen Kollokationsplanes gerichtlich bestätigt worden sei, richtig, dann müßte allerdings daraus, daß die Konkursverwaltung die streitige Forderung gleichwohl kollozierte, ein für die Masse verbindlicher Verzicht auf die aus dem Abschlusse jenes Nachlaßvertrages allenfalls abzuleitende Einrede des Erlöschens der Forderung abgeleitet werden. Allein jene Behauptung widerspricht dem Inhalte der Akten, wonach die gerichtliche Bestätigung des Nachlaßvertrages am 18. April 1900, d. h. erst nach Ablauf der für die Anfechtung des Kollokationsplanes angesetzten Frist, erfolgte, nachdem also der Kollokationsplan gegenüber der Rekurrentin bereits in Rechtskraft erwachsen war. Vor der gerichtlichen Bestätigung des Nachlaßvertrages aber hatte die Konkursverwaltung kein Recht, die an sich unbestreitbare Forderung der Rekurrentin aus dem Kollokationsplane zu verweisen, denn die Wirkungen des Nachlaßvertrages treten frühestens mit der gerichtlichen Bestätigung, in der Regel aber erst mit der Auszahlung der Accommodements-Dividende ein (vgl. Bundesger. Entsch. Bd. 26, II, S. 194 Erw. 4 und Jägers Komm. Note 3 zu Art. 311)

2. Es ist danach zu untersuchen, ob der gerichtlich bestätigte Nachlaßvertrag, den die Gesellschaft St. & Co. mit ihren Gläubigern abgeschlossen und unbestrittenermaßen auch erfüllt hat, die Unklagbarkeit des nachgelassenen Teiles der streitigen Forderung nicht nur gegenüber der kontrahierenden Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem in Konkurs geratenen Anteilhaber Haab zur Folge gehabt habe. Nach Art. 218 Abs. 2. l. c. durfte die Rekurrentin ihre Gesellschaftsforderung im Konkurse des Haab im vollen Betrage geltend machen, Art. 564 Abs. 3 des Obl.-R. stand dem nicht (wie das Konkursamt irrtümlich annahm) entgegen. Daraus aber abzuleiten, daß mit dem Ausbruche des Haabschen Konkurses die Forderung gegenüber Haab zu einer selbständigen und vom Rechte gegenüber der Gesellschaft unabhängigen geworden sei, geht zu weit. Die Bestimmung des Art. 218 Abs. 2 hat mit dem civilrechtlichen Bestande des Forderungsrechtes und mit dessen allgemeiner Klagbarkeit nichts zu thun, sondern bezieht sich lediglich auf die Art und Weise der Geltendmachung im konkursrechtlichen

Exekutionsverfahren. Muß daher die Forderung gegenüber Haab als von derjenigen gegenüber der Gesellschaft abhängig betrachtet werden, so hat die infolge des mit der Gesellschaft abgeschlossenen und erfüllten Nachlaßvertrages eingetretene Klaglosigkeit trotz Art. 218 Abs. 2 l. c. auch das Schicksal der im Konkurse Haabs geltend gemachten Ansprache beeinflußt, sofern nicht etwa die Bestimmung des Art. 303 Abs. 1 B.-G. ü. Sch. u. K. zur Anwendung zu bringen ist. Da die Rekurrentin nämlich dem Nachlaßvertrage der Kollektivgesellschaft St. & Co. nicht zugestimmt hat, so ist sie ihrer Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige nicht verlustig gegangen. Die Frage der Anwendbarkeit des cit. Art. 303 hängt von der rechtlichen Beurteilung der Stellung ab, welche die Gesellschafter überhaupt und speziell beim Abschluß eines Gesellschafts-Nachlaßvertrages zu der Gesellschaft einnehmen. Sind sie als von der Gesellschaft zu unterscheidende selbständige Rechtssubjekte zu betrachten, dann kann der Nachlaßvertrag der Gesellschaft gemäß Art. 303 l. c. einen Einfluß auf ihre Verbindlichkeiten nicht ausüben, da sie alsdann zweifellos als Mitschuldner zu betrachten wären. In der That scheint die Bestimmung des Art. 559 Obl.-R., sowie der Umstand, daß in den Art. 563 u. 564 Obl.-R. zwischen der Verpflichtung der Gesellschaft und derjenigen der Gesellschafter unterschieden wird, dafür zu sprechen, daß die Kollektivgesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt, als juristische Person aufzufassen ist; allein eine genauere Prüfung des Wesens dieser Gesellschaftsart führt doch zur Verneinung der Frage der juristischen Persönlichkeit. Es genügt, in dieser Beziehung auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 21. Oktober 1898 i. S. Cavin gegen Kurz (Entsch. Bd. 24, II, Nr. 85 Erw. 2) und die dortigen Citate sowie den Beschluß des obersten Landgerichtes für Bayern vom 3. Nov. 1900 (Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 181) zu verweisen. Danach bildet zwar das Gesellschaftsvermögen eine von dem Vermögen der Gesellschafter rechtlich zu unterscheidende Vermögensmasse, deren Träger indessen niemand anders als die Gesellschafter selber sind. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind gleichzeitig diejenigen der Gesellschafter, nur soll nach dem Gesetze zunächst bloß das Gesellschaftsvermögen und erst subsidiär das Privatvermögen der Gesellschafter dafür haften. Es besteht also nur eine Obligation, wohl aber eine zweifache, subsidiär gestaltete Haftung, wie denn auch Art. 564 Obl.-R. nur von einer Vermögenshaftung des einzelnen Gesellschafters, und nicht etwa von einer neben der Obligation der Gesellschaft (Art. 563) einhergehenden Verbindlichkeit spricht. Wenn nun die Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens mittelst Abschlusses eines Nachlaßvertrages für einen Teil der Gesellschaftsverbindlichkeiten die Klagbarkeit ausschließen, so wird dadurch die Geltendmachung des Forderungsrechtes selbst beschränkt, und da das letztere ein einziges und einheitliches Recht ist, so entfällt mit der Erfüllung des Nachlaßvertrages sowohl die Haftung des Gesellschaftsvermögens als auch diejenige des Privatvermögens der Gesellschafter; m. a. W. die Gesellschafter haben über ihre eigenen Schulden und nicht über diejenigen eines andern Rechtssubjektes verhandelt und können deshalb auch nicht mehr belangt werden, sobald der Nachlaßvertrag der Gesellschaft erfüllt ist. In ähnlichem Sinne haben sich Reichel (Note 1 zu Art. 293) und Jäger (Note 1 zu Art. 293, S. 538 u. Note 3 zu Art. 303) in ihren Kommentaren ausgesprochen. Vgl. auch Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins Bd. 33, S. 496 f. und die dort von Reichel besprochene Schrift Prof. Jägers über den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 161. Art. 303 l. c. kann daher auf das Verhältnis zwischen Kollektiv-Gesellschaft und Gesellschafter keine Anwendung finden, da nicht eine Mitverpflichtung beider, sondern lediglich eine verschiedene Haftung für ein und dieselbe Verpflichtung besteht. Würde eine Forthaftung der Gesellschafter angenommen, so wäre das Institut des Nachlaßvertrages für die Kollektivgesellschaft kaum brauchbar; denn weder die Gesellschafter noch deren Gläubiger dürften in der Regel ein großes Interesse daran haben, ein Arrange-

ment mit den Gläubigern zu treffen, das die private Vermögens-Haftung der Gesellschafter unberührt liesse. Diese Konsequenz ist weit weniger annehmbar als die vom Vertreter der Rekurrentin betonten Konsequenzen der von ihm vertretenen gegenteiligen Auffassung. So hat denn auch die deutsche Konkursordnung in § 211 ausdrücklich bestimmt, daß der Zwangsvergleich der offenen Handelsgesellschaft, soweit er nicht ein Anderes festsetze, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter begrenze.

(21. Sept. 1901, i. S. Spar- u. Leihkasse Zofingen c. Konkursmasse Haab. — B).

III. Grundpfandverwertung.

Behandlung der vom Versteigerungskäufer geleisteten Kaution, wenn er den Kauf nicht hält.

Auf einer dem J. Kratzer zustehenden Liegenschaft in Zürich III haftete im I. Range ein Schuldbrief von Fr. 3145 zu Gunsten des R. Näf und diesem unmittelbar nachgehend ein Schuldbrief von Fr. 7798. 75 Cts. zu Gunsten des A. Hutter. Die Liegenschaft wurde vom Betreibungsamt zur Zwangsversteigerung gebracht, F. Hess blieb mit einem Angebot von Fr. 71,280 Meistbieter; das Grundstück wurde ihm zugeschlagen, er leistete die vom Betreibungsamt in üblicher Weise geforderte Zahlung von Fr. 1000. Durch sein Angebot waren die beiden obgenannten Schuldbriefe vollständig gedeckt. Heß konnte aber den Kauf nicht halten, und bei der vom Betreibungsamt infolge dessen abgehaltenen zweiten Versteigerung betrug der Erlös nur Fr. 60,900, so daß die Schuldbrieforderung des Näf mit Fr. 973. 10 Cts., die des Hutter aber gänzlich zu Verlust kam. Beide erhoben nun Anspruch auf die Kaution des Heß, die abzüglich der Kosten noch Fr. 941. 65 Cts. betrug; der Streit wurde zu Gunsten des im I. Range stehenden Briefgläubigers Heß entschieden.

Gründe:

1. Die Forderung gegen den Ersteigerer einer Liegenschaft, der die Zahlung nicht leistet, auf Ersatz der Differenz zwischen dem von ihm gebotenen und dem später gelösten Preise, (Art. 143 Sch.- u. K.-G.) ist als Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung des Kaufes nach Analogie des Art. 116 Obl.-R. zu charakterisieren. (Reichel, Kommentar z. Sch.- u. K.-G. S. 186). Diese Forderung können die Hypothekargläubiger nicht aus eigenem Rechte geltend machen (vgl. Urteil des Kassationsgerichtes vom 18. Februar 1901 i. S. Schweitzer), vielmehr ist der Anspruch dem betriebenen Schuldner entstanden; denn als sein Vertreter hat das Betreibungsamt dessen Eigentum zur Versteigerung gebracht, damit aus dem Erlös, der wiederum Eigentum des Schuldners wird, seine Gläubiger befriedigt werden können. Daraus ergiebt sich, daß es Sache des Betreibungsamtes ist, eine solche Schadensersatzforderung zu liquidieren, — was nach dem Wissen des Gerichtes auch der Praxis der Betreibungsämter entspricht, — und daß das Ergebnis der Liquidation ein neues Aktivum des Schuldners wird. Damit ist aber nicht gesagt, daß dieses Ergebnis dem Zugriffe aller Gläubiger des Schuldners preisgegeben wäre. Vielmehr ist es einfach als Teilresultat des ganzen Verwertungsbegehrens zu betrachten, das mit dem übrigen Erlöse, der aus den Aktiven des Schuldners erzielt wird, an deren Stelle tritt und unter die Gläubiger nach Maßgabe ihrer Rechte zur Verteilung zu gelangen hat.

2. Im vorliegenden Falle sind nun Fr. 941. 65 Cts. deponiert, die als vorläufiges Ergebnis der Liquidation der Schadensersatzforderung zu betrachten sind. Denn der Ersteigerer, der seine Zahlung von Fr. 1000 an sich zurückfordern könnte, dagegen für den Ausfall haftet, hat auf die Geltendmachung seines Anspruches verzichtet, offenbar in der richtigen Erkenntnis, daß er diese Summe sofort wieder zahlen müßte.

Da nun nicht bestritten ist, daß die Forderung des Klägers derjenigen des Beklagten im Range vorgeht, und da sein Verlustanspruch größer ist, als die deponierte Summe, so ist ihm diese gänzlich zuzuweisen, unbeschadet des Anspruches der Parteien auf weitere Eingänge aus der Schadensersatzforderung auf den Ersteigerer der Liegenschaft.

(11. Sept. 1901. R. Näf c. A. Hutter — U.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. November 1901. XX. Band. No. 21.

Schweizer Blätter
für
Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — Verlag: **Art. Institut Orell Füssli in Zürich.**
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Postsstellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die **„Amerikanische Schweizer-Zeitung"**, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Art. Institut Orell Füssli Zürich.**

INHALT: I. Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Kauf, b) Werkvertrag, c) Kompetenz. II. Urteil des Kassationsgerichtes Zürich betr. Streitigkeiten im Entwässerungsverfahren. III. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Zubehörden, b) Kollokationsplan, c) Prozessrecht.

Handelsgericht Zürich.

I. Kauf.

Beweiskraft der sog. Kommissionskopie. Ein Irrtum über die Fakturasumme ist unerheblich.

Der Geschäftsreisende von K. & W. Blösser in Stuttgart besuchte am 3. Nov. 1900 den J. Bolliger in Winterthur, der ein kleines Glaswarengeschäft betreibt und von jener Firma im Juni gl. Jahres Porzellan-Photographierahmen bezw. -Ständer bezogen hatte, und erhielt nun von diesem neuerdings eine Bestellung auf solche, wovon er dem Bolliger auf dessen Wunsch ein sog. Kommissionsdoppel (Presskopie der Bestellungsaufnahme des Reisenden) übergab, die aber nicht unterzeichnet wurde. Es handelte sich dabei um verschiedene Muster (Modelle) je in verschiedenen Größen und all dies in zwei Arrangements (hoch u. quer), was im Bestellzettel auseinandergehalten wurde. Gemäß diesem erteilten K. u. W. Blösser am 1. Dez. 1900 dem J. Bolliger Faktur im Betrage von M. 774. Nach Empfang derselben erklärte Bolliger, er könne mit dieser „Unmasse" von Ware, die nicht häufig verlangt werde, nichts anfangen, er habe statt der ihm fakturierten ca. 260 Rähmchen nur 44 Stück bestellt; bei Ankunft der Ware verweigerte er deren Annahme und in dem hierüber von K. u. W. Blösser erhobenen Prozesse bestritt er neuerdings eine weitgehende Bestellung, eventuell focht er diese an unter Berufung auf Art. 19 Ziff. 4 Obl.-R. Er wurde hiemit aber abgewiesen.

Gründe:

1. Die Kläger haben das Zustandekommen des Kaufes, als die Grundlage ihrer Kaufpreisforderung, zu beweisen. Dieser Beweis darf zunächst als geleistet erachtet werden durch den von ihnen vorgelegten Bestellschein. Daß ein solcher hiefür wesentliche, wenn nicht ausschlaggebende Bedeutung hat, ist von den Gerichten, insbesondere vom Handelsgericht, stets angenommen worden (vgl. z. B. Handelsr. Entsch. Bd. VI S. 72, Bd. XI S. 256, Bd. XII S. 9, Bd. XV S. 132, Bd. XVII S. 160); denn einerseits verlangt die kaufmännische Ordnung als Regel eine „schriftliche Bestätigung" und anderseits bildet eine solche nach der Art des Verkehrs das regelmäßige Beweismittel. Allerdings gehört zu einer ordnungsgemäßen „Bestätigung" auch die Unterzeichnung der-

selben, die hier fehlt; allein die Unterschrift des Beklagten kann dadurch als ersetzt gelten, daß dieser das ihm bei der Bestellung übergebene Kommissionsdoppel zunächst stillschweigend behielt und erst nach Empfang der Faktur reklamierte. Mit seiner Angabe, er habe die Kopie im Vertrauen auf ihre Richtigkeit nicht weiter angesehen, kann er nicht aufkommen, da dies gegen die ihm zuzumutende kaufmännische Sorgfalt verstößt. Seine weitere Darstellung, er habe die Kopie nicht verstanden, steht mit der ebengenannten in offenbarem Widerspruch. Er kann aber auch mit dem Einwand nicht gehört werden, sie sei nicht verständlich gewesen; bei einiger Aufmerksamkeit erscheint vielmehr ihr Verständnis für einen irgendwie erfahrenen Kaufmann als unschwierig. Das verhältnismäßig große Quantum der Bestellung bildet aber an sich keinen genügenden Gegenbeweis dafür, daß der Beklagte eine solche thatsächlich nicht gemacht habe.

2. Die Berufung des Beklagten auf wesentlichen Irrtum im Sinne des Art. 19 Ziff. 4 Obl.-R. stellt sich als Einrede dar, deren Thatbestand somit der Beklagte zu beweisen hat; denn ein solcher Willensmangel bewirkt, wie aus Art. 18 u. 28 Obl.-R. hervorgeht (s. das in Handelsr. Entsch. Bd. XVIII S. 63 mitgeteilte Rechtsgutachten von Prof. Dr. E. Huber) nicht von vornherein Nichtigkeit, sondern lediglich Anfechtbarkeit des Vertrages, in dem Sinne, daß immerhin zwischen den Parteien ein obligatorisches Rechtsverhältnis begründet wird, dessen Aufrechterhaltung freilich von dem nachträglichen Willen des Irrenden abhängig bleibt. Nun ist aber durch den Bestellzettel bezw. das stillschweigende Behalten der Kopie desselben durch den Beklagten von vornherein wahrscheinlich gemacht, daß dieser thatsächlich von den einzelnen Faktoren (verschiedene Modelle und Arrangements, verschiedene Größen, im Bestellzettel im einzelnen aufgeführt), aus denen die Bestellung laut dem Kommissionszettel sich zusammensetzt, schon bei deren Erteilung Kenntnis genommen und nach Maßgabe derselben habe bestellen wollen (folgen Beweisausführungen). Geht man hievon aus, so kann von einem Irrtum des Beklagten über den Umfang des Vertragsgegenstandes, objektiv genommen, nicht die Rede sein; sollte der Beklagte sich aber, wofür allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegt, über die Summe des Kaufpreises geirrt haben, die sich aus diesem Vertrag ergab, also in der Ausrechnung des Vertragsobjektes, so läge hierin nicht ein Irrtum über den Vertragsgegenstand als solchen, sondern nur ein Irrtum in der Schätzung der Tragweite des Geschäftes, und ein solcher muß im Sinne des Art. 19 und gemäß der Gerichtspraxis als unwesentlich gelten (Handelsr. Entsch. Bd. XIX S. 37 Erw. 4 und die dortigen Präjudikate u. Bd. XX S. 222 Erw. 4), und hindert daher gemäß Art. 18 Obl.-R. die Verbindlichkeit des Vertrages nicht.

(27. Sept. 1901. K. u. W. Blösser c. J. Bolliger.)

II. Werkvertrag.

Der Verleger von chromolithographischen Bildern, der ihre Anfertigung einem Chromolithographen und Drucker überträgt, hat diesem gegenüber nicht Anspruch darauf, daß die Steine ohne seine Einwilligung nicht abgeschliffen werden, und daß der Lithograph und Drucker sie ihm gegen Ersatz des Rohwertes der Steine herausgeben müsse. Eine dahingehende Usanz besteht nicht.

Gebr. Künzli, Kunstanstalt in Zürich, hatten das Verlagsrecht an photographischen Bildern für deren chromolithographische Reproduktion und Verwendung zu sog. Cigarettenkärtchen erworben, d. h. Farbendruckbildchen, die dazu bestimmt waren, in Cigarettenpäckchen eingelegt zu werden, um diese eher verkäuflich zu machen. Sie ließen diese Bildchen, unter Vorlage der Photographien, in großen Mengen bei der A.-G. Vereinigte Kunstanstalten Kaufbeuren erstellen, unter Vereinbarung der Preise der ersten Auflage und gleichzeitig auch für Nachauflagen, wobei letztere ganz bedeutend billiger angesetzt wurden, mit Rücksicht auf die dabei wegfallenden, weil bei der ersten Auflage berechneten Kosten der Lithographie.

In dem hierüber zwischen den Parteien entstandenen Prozesse verlangten Gebr. Künzli mittelst einer Widerklage, daß die A.-G. Ver. Kunstanstalten Kaufbeuren angehalten werde, ihnen die Lithographiesteine der in Frage stehenden Bilder, mit den darauf befindlichen Lithographien intakt, gegen Ersatz des Rohwertes der Steine als solcher, herauszugeben und ihnen eventuell den durch Nichterfüllung dieser Pflicht verursachten Schaden zu ersetzen. Zur Begründung dieses Anspruches beriefen sie sich einerseits darauf, daß derselbe zwischen den Parteien vertraglich vereinbart sei, anderseits auf eine nach ihrer Behauptung in diesem Sinne bestehende, durch Experten nachzuweisende Usanz; die Widerbeklagten bestritten aber das Begehren. Dasselbe wurde vom Handelsgericht abgewiesen.

Gründe:

1. Der Vertrag der Parteien, wodurch die Widerbeklagten sich verpflichteten, den Widerklägern gegen einen von diesen zu zahlenden Preis Farbendruckbilder zu liefern, qualifiziert sich, sei es als Kauf, sei es als Werkvertrag, wohl eher als das letztere, da hiebei ein gewisses Gewicht auf die von den Widerbeklagten zu leistende Arbeit gelegt war (s. ferner Art. 352 Obl.-R.). Für den Entscheid hat dies zwar nicht wesentliche Bedeutung, immerhin mag betont werden, daß es sich keinenfalls um einen Verlagsvertrag handeln kann, wie der Vertreter der Widerbeklagten anzunehmen scheint; denn als Verleger kommen im vorliegenden Falle jedenfalls nur die Widerkläger in Betracht, und ihre Mitkontrahenten, die Widerbeklagten, waren nicht „Urheber" „des künstlerischen Werkes" (Art. 372 Obl.-R.), als welches die Originale der in Frage stehenden Bilder betrachtet werden mögen; sie hatten das Werk lediglich im Auftrage der Widerkläger, als Lithographie-Zeichner und -Drucker, zu vervielfältigen.

2. Die Widerbeklagten haben nun allerdings den Widerklägern das alleinige absolute An- u. Verkaufsrecht an den in Frage stehenden Bildern zugesichert, wie auch, daß sie selbst diese Sujets für keinen andern Zweck benutzen werden. Hieraus folgt aber der von den Widerklägern behauptete Anspruch noch keineswegs. Die lithographierten Steine stellen sich als das Werkzeug (Arbeitsmaterial) dar, welches die Widerbeklagten zur Ausführung des Werkvertrages oder Kaufes angefertigt haben, und im allgemeinen besteht natürlich keine Verpflichtung des Verkäufers oder Unternehmers, derartige Gegenstände dem Gegenkontrahenten nach Ablieferung des Kaufsobjektes bezw. des erstellten Werkes zu überlassen. Ebensowenig ergiebt sich aber eine derartige Verpflichtung aus dem den Widerklägern zustehenden Verlagsrechte. Denn dieses geht nur dahin, daß niemand anders als sie, die Verleger, die betreffenden Bilder in den kommerziellen Verkehr bringen dürfen, und letzteres haben die Widerbeklagten ihnen nie bestritten, vielmehr unumwunden zugestanden, indem sie sowohl in der Korrespondenz, als sodann im Prozeß ausdrücklich, den Widerklägern das absolute Verkaufsrecht der Bilder eingeräumt und zugegeben haben, daß sie, die Widerbeklagten, nicht Bilder für Dritte anfertigen dürfen. Es kann endlich auch nicht etwa gesagt werden, daß dem Verleger durch die Weigerung des Druckers zur Herausgabe der lithographierten Steine die Ausübung seines Verlagsrechtes verunmöglicht würde, denn es steht ihm ja frei, auf Grund der Originalvorlagen die Lithographien bei einem andern Drucker neu anfertigen zu lassen, so daß aus jener Weigerung für ihn lediglich eine Verteuerung der Nachauflagen und somit eine Verschlechterung des Geschäftes resultiert.

Nun ist nicht zu verkennen, daß der Verleger, der bei einem Drucker eine erste Auflage hat anfertigen lassen, ein sehr bedeutendes Interesse an dem Rechte haben würde, das die Widerkläger beanspruchen. Der Verleger muß im Preis der ersten Auflage in der Regel auch die Kosten der Herrichtung des Steines für den Druck bezahlen; dies ergiebt sich ohne weiteres aus der enormen Preisermäßigung für Nachauflagen, wie sie auch im vorliegenden Falle vereinbart wurde, und folgt zwingend daraus, daß die genannten Kosten, insbesondere bei der Chromolithographie, wo für jede Farben- und Schattengebung, wie auch die Zeichnung, je ein besonderer Stein bearbeitet werden

muß, sehr bedeutend sind und nur einmal, als Kosten zur Herstellung des Werkzeuges für den Druck, erwachsen, während die Spesen für diesen und den Nachdruck lediglich der Größe der Auflage proportional sind, in Verbindung damit, daß der Lithograph und Drucker, der nicht weiß, ob ihm Nachauflagen bestellt werden, sich für die Kosten der Lithographie bei der ersten Bestellung decken muß, so daß ihn alsdann die lithographierten Steine nur noch zu ihrem Rohwerte anliegen. Diese Erwägung ändert aber nicht das Geringste daran, daß der Drucker das Eigentum an dem von ihm erstellten Arbeitsmaterial behält und über dasselbe ohne gegenteilige Abmachung frei verfügen kann. Der abgeschlossene Vertrag läßt sich nicht etwa in zwei Teile zerlegen, in eine Vereinbarung über die Erstellung der Steine und eine solche über den Druck der ersten Auflage, sondern der Drucker übernimmt einfach die Lieferung einer bestimmten Anzahl der gewünschten Reproduktion. Will der Verleger sich das Arbeitsmaterial als solches für die Zukunft sichern, so muß er eine besondere dahinzielende Stipulation treffen.

3. Die Widerkläger haben nun in der That eine derartige Stipulation behauptet, indem sie zunächst das Bestehen einer Usanz in dem Sinne geltend machten, daß der Verleger nach Ausführung des ersten Auftrages berechtigt sei, jederzeit die lithographierten Steine gegen Zahlung ihres Rohwertes an sich zu ziehen und der Drucker inzwischen verpflichtet sei, die Steine für ihn während einer angemessenen Zeit, meist zwei Jahren, kostenlos aufzubewahren, und daß er die Dessins in keinem Falle von sich aus abschleifen dürfe. Ein derartiger Geschäftsgebrauch hätte, wie in der schweizerischen Gerichtspraxis feststeht, für die Auslegung des Willens der Parteien die Bedeutung, daß im Zweifel angenommen werden müßte, diese haben sich demselben als den üblichen Geschäftsbedingungen unterworfen, und es müßte daher eine solche Usanz, so lange nicht eine andere Willensmeinung nachgewiesen wäre, als stillschweigend vereinbarter Vertragsbestandteil angesehen werden (Bundesger. Entsch. Bd. XIX S. 475/476, Handelsr. Entsch. Bd. XI S. 171 Erw. 5, Bd. XV S. 88 Erw. 4, Bd. XVI S. 330, Bd. XVII S. 61 Erw. 2 u. Bd. XIX S. 61 Erw. 3). Die vom Gericht beigezogenen Experten haben indes auf Grund „ihrer langjährigen Erfahrung und Kenntnis der Verhältnisse" das Bestehen eines allgemein gültigen Gebrauches im genannten Sinne verneint. Hiegegen ist von den Widerklägern geltend gemacht worden, die Lithographen und Drucker, zu denen beide Experten gehören, seien eben geneigt, jene Usanz zu verneinen, während die Mehrzahl der Verleger sie bejahe. Gegen die Unbefangenheit und Sachkunde der Experten ist aber im übrigen nichts eingewendet worden (§§ 406 u. 407 G. b. Rpfl.) Die Widerkläger selbst haben eine Oberexpertise über den genannten Punkt nicht verlangt, so daß jene Feststellung der Experten für das Gericht maßgebend bleiben muß. Hieran ändert auch das abweichende, von den Widerklägern vorgelegte Zeugnis eines englischen Farbendruckgeschäftes nichts, zumal schriftliche Zeugnisse in der Regel im Civilprozeß unstatthaft sind (§ 369 G. b. Rpfl.). Hiebei ist noch zu betonen, daß nur ein allgemein gültiger Geschäftsgebrauch, der von allen beteiligten Gruppen anerkannt wird, als Usanz gelten darf, während aus der eigenen Darstellung der Widerkläger hervorgeht, daß die Verleger nur in ihrer Mehrzahl, die Drucker aber gar nicht geneigt sind, den behaupteten Geschäfsgebrauch anzuerkennen.

4. Ebensowenig ist eine vertragliche Vereinbarung im Sinne des von den Widerklägern behaupteten Anspruches nachgewiesen. (Folgt die Begründung als Würdigung der Beweise.) Die Widerklage ist daher abzuweisen.

(13. Juli 1901. A.-G. Vereinigte Kunstanstalten Kaufbeuren c. Gebr. Künzli.)

III. Kompetenz.

§ 95 G. b. Rpfl. Ausschluß der Prozesse über bloße Hülfsgeschäfte des Gewerbebetriebes des Beklagten.

I. R. Rommel, Eigentümer der Bad-, Kur- und Wasserheilanstalt an der Mühlebach-

straße in Zürich V schloß am 28. Dez. 1900 mit der A.-G. Schwimmhalle Zürich, deren Anstalt an die seinige anstößt, einen Vertrag, wodurch er ihr den maschinellen Betrieb der Schwimmhalle gemäß den bestehenden Anlagen von den Heizungsräumen seines Etablissements aus gestattete, und ferner bei ihrer Anstalt gegen Entschädigung die Lieferung des für den Dampfkesselbetrieb nötigen Speisewassers, die Reinigung und Trocknung der Wäsche und die Lieferung der benötigten Kohlen übernahm. Mittelst Klage beim Handelsgericht forderte er von der A.-G. Schwimmhalle Zürich Fr. 1546. 36 Cts. nebst Zins aus Miete, für Lieferung von Kohle, Wasser, Soda und Seife (zur Reinigung der Wäsche), Entschädigung für Heizung und Wäschereinigung und wegen Nichterstellung eines vertraglich in Aussicht genommenen Verbindungsganges.

Das Handelsgericht erklärte sich aber als unzuständig.

Gründe:

Der Kompetenzeinwand der Beklagten erscheint als begründet. Daß der Streit, wie § 95 G. b. Rpfl. vorschreibt, „sich auf das von dem Beklagten betriebene Gewerbe bezieht", kann, wie das Handelsgericht in langjähriger Praxis konstant entschieden hat, nur dann gesagt werden, wenn bei demselben ein enger, unmittelbarer Bezug auf das Gewerbe des Beklagten vorliegt, derselbe also gewissermaßen dessen Gewerbebetrieb im engern, eigentlichen Sinne zum Gegenstand hat, nicht dagegen bei bloßen Hülfsgeschäften für den Gewerbebetrieb, wie namentlich Verträgen zur Anschaffung von Gegenständen, die hiebei nur als Hülfsmittel benutzt werden sollen. (Vrgl. Sträuli, Komm. z. G. b. Rpfl. zu § 95 Nr. 9 litt. e, k, l u. Suppl. § 95 Nr. 7 litt. h, Rech.-Ber. d. Oberger. 1884 Nr. 64, Handelsr. Entsch. Bd. XIII S. 101, XV S. 299, XVIII S. 47, 101, 170, 313.) Um ein solches bloßes Hülfsgeschäft handelt es sich aber im vorliegenden Falle; denn wie die Beklagte zutreffend ausgeführt hat, besteht ihr Gewerbe in der Verabfolgung von Schwimmbädern gegen Entgelt, während die streitigen Ansprüche nicht auf derartige Leistungen beruhen, sondern solchen, die dazu dienen sollten, diesen eigentlichen Gewerbebetrieb vorzubereiten, nämlich die mietweise Überlassung von Lokalitäten und maschinellen Einrichtungen, die Lieferung von Wasser, Kohlen, Seife u. drgl., sowie damit in Verbindung stehende Arbeitsleistungen.

Ebensowenig bezieht sich aber der Streit im Sinne des § 95 G. b. Rpfl. auf Handelsverhältnisse überhaupt, da hierunter, wie das Handelsgericht wiederholt entschieden hat, im Gegensatz zu Rechtsverhältnissen, welche bloß wegen ihres Bezuges auf den Gewerbebetrieb des Beklagten als Handelsverhältnisse anzusehen sind (sog. subjektive Handelsgeschäfte), solche verstanden werden müssen, welche diesen Charakter überhaupt, d. h. schon an und für sich haben, also die sog. absoluten Handelsgeschäfte (vrgl. Handelsr. Entsch. Bd. XVIII S. 171, 48, 313), zu diesen gehört aber der hier in Frage stehende Miet- u. Lieferungsvertrag seiner ganzen Natur nach nicht.

(13. Sept. 1901.)

II. Ebenso verneinte das Handelsgericht seine Kompetenz für eine Klage des A. Niessen, Buchdrucker in Zürich, womit derselbe von der Saalbaugesellschaft Zürich, die das Korsotheater betreibt, 529 Fr. als Preis für ihr gelieferte Plakate (Vorstellungsanzeigen) verlangte; denn der Streit beziehe sich nicht auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe, das in theatralischen Vorstellungen gegen Eintrittspreise bestehe, sondern auf ein blosses „Hülfsgeschäft", das dazu habe dienen sollen, den genannten Gewerbebetrieb vorzubereiten, resp. zu fördern.

(13. Sept. 1901.)

Kassationsgericht Zürich.

Streitigkeiten im Entwässerungsverfahren.

Gesetz betr. Bewässerung und Entwässerung von größern Grundflächen, vom 30. Juni 1864 (O. S. Bd. XIII S. 267). Behandlung von Einsprachen gegen die Ausführung des Werkes, als Verwaltungs- oder als Rechtssache. Ges. § 22: Rechtssache,

wenn die Einsprache auf subjektive, Privatrechte, gestützt wird, — Verwaltungssache, wenn sie auf Gründen der Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit beruht, Analogie der Zwangsenteignung. — Unter den „Beteiligten" (Ges. § 24) sind nur aktiv Beteiligte zu verstehen, d. h. Eigentümer von Teilen des Be- oder Entwässerungsgebietes, nicht dagegen Nachbarn. (Ges. §§ 24, 25, 33 u. 5.) — Dem Prozeß muß in jedem Falle das Schätzungsverfahren nach Maßgabe des Expropriationsgesetzes vorausgehen. — Der Nichtigkeitsgrund des § 704 Ziff. 2 G.-B. Rpfl. liegt vor, wenn die erste Instanz auf die Sache eingetreten ist, die zweite und Vorinstanz dagegen sich inkompetent erklärt hat.

Die Eigentümer der Grundstücke, aus denen das Weidried in Ottenhausen-Seegräben sich zusammensetzt, vereinigten sich zur bessern Entwässerung derselben. Im Auftrag der Direktion des Innern erstattete Geometer Bachofner in Uster dieser einen Bericht über ein rationelles Projekt, nebst Vorlage eines Situationsplanes, Querprofiles und eines Kostenvoranschlages im Betrage von Fr. 6050. Die Eigentümer des Weidrieds schlossen sich dann zu einer Genossenschaft zusammen, deren Statuten vom Regierungsrat genehmigt worden, wie auch das von ihr angenommene auf dem Bachofnerschen Plane fußende Projekt; auf eine in diesem Plan von Bachofner selbst mit Rücksicht auf Reklamationen einiger Anstößer ans Weidried aufgenommene teilweise Variante wurde aber nicht näher eingetreten. Dagegen zog Ingenieur Schuler, als der Experte des schweiz. Landwirtschaftsdepartements, dieselbe in nähere Untersuchung; der Regierungsrat, der dem Unternehmen einen Kostenbeitrag von einem Vierteil bewilligt hatte, ersuchte nämlich beim Bundesrat um einen Beitrag in gleicher Höhe, der in der Folge zugesichert wurde. Die schon erwähnten Anstößer ans Ried, H. Bockhorn u. Gen., zeigten hierauf der Genossenschaft an, daß sie gegen das Projekt Einsprache erheben wegen Gefährdung ihrer tiefer liegenden Grundstücke durch Überschwemmung, und weil sie durch jenes anderseits in der Bewässerung ihres Streulandes beeinträchtigt werden, die ihnen für den Ankauf dieses Landes von der Genossenschaft offerierten Preise aber zu niedrig seien. Auf Veranlassung der Direktion des Innern untersuchte Professor Zwicky die Sache und arbeitete einen eventuellen Ergänzungsplan aus, dieser wurde von der Genossenschaft angenommen und letztere suchte auch hiefür um einen kantonalen sowie einen Bundesbeitrag nach. Diese Pläne wurden dann noch vom kantonalen Kulturingenieur überarbeitet und das definitive Projekt nebst der Ergänzung vom Statthalteramt Pfäffikon hierauf publiziert. Bockhorn u. Gen. erneuerten indes ihre Einsprachen, und da eine Verständigung sich zerschlug, erhob die Genossenschaft gegen sie gerichtliche Klage, indem sie ein Rechtsbegehren I dahingehend stellten: Ist die Einsprache der Beklagten gegen das von den Oberbehörden genehmigte Unternehmen der Entwässerung des Weidriedes laut öffentlicher Auschreibung unbegründet und daher abzuweisen? In zwei weitern Streitfragen verlangte sie gewisse Wertansätze als Entschädigung für das ihnen von einzelnen der Beklagten für das Unternehmen abzutretende Streuland.

Das Bezirksgericht Pfäffikon hieß diese Rechtsbegehren gut. Die I. Appellationskammer des Obergerichts aber hob auf die Berufung der Beklagten das Urteil auf und wies das Rechtsbegehren I wegen Inkompetenz ab, weil nach § 22 des Gesetzes über die Bewässerung und Entwässerung größerer Grundflächen solche Einsprachen als Verwaltungsstreitigkeiten zu behandeln seien; die Rechtsbegehren II u. III wurden zur Zeit und angebrachtermaßen abgewiesen, da das Verfahren vor den Kreisschätzern vorangehen müsse.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Entwässerungsgenossenschaft wurde mit Bezug auf letztern Punkt abgewiesen, dagegen beim ersten (Rechtsbegehren I) gutgeheißen, in dieser Hinsicht also das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Urteilsfällung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Gründe:

1. In Betreff des ersten Rechtsbegehrens ist zu untersuchen, ob der Streit Rechts-

oder Verwaltungssache sei. Das Obergericht gelangte zur Bejahung der letztern Alternative, indem es darauf abstellte, daß § 22 des Gesetzes über Bewässerung oder Entwässerung größerer Grundflächen die Kommission der beteiligten Grundeigentümer, anweist, gegen diejenigen beteiligten Grundeigentümer welche gegen die Art der Ausführung des Unternehmens Protestation erhoben haben, oder gegen Dritte, welche die Abtretungspflicht oder die Belastung ihres Eigentumes mit Dienstbarkeiten bestreiten, auf dem Wege der Verwaltungsstreitigkeit vorzugehen.

Ein Fall der angegebenen Art liegt aber nicht vor. Erstens ist zu bemerken, daß die Beschwerdegegner nicht als beteiligte Grundeigentümer zu betrachten sind, da sie als Eigentümer von Grundstücken, die außerhalb der zu entwässernden Fläche liegen, auftreten. Nach § 24 des Bewässerungsgesetzes setzt sich nämlich die das Unternehmen ausführende Genossenschaft aus den dabei aktiv beteiligten Grundeigentümern zusammen, und den Begriff der aktiven Beteiligung erläutert § 25 durch die Bestimmung, daß jeder der ein zur Unternehmung gezogenes Grundstück erwirbt, dadurch Mitglied der Genossenschaft wird, ferner diese Eigenschaft mit der Veräußerung eines solchen Grundstückes verloren wird. Unter „beteiligten Grundeigentümern" versteht also das Gesetz die Eigentümer von Teilen des Be- oder Entwässerungsgebietes; daß das Gesetz da, wo es von Beteiligten schlechtweg spricht, wie in § 22, nicht etwa an einen weitern Kreis als den der „aktiv Beteiligten" denkt, zeigt § 33, der die Kosten den beteiligten Grundeigentümern überbindet und zur Erläuterung dieses Begriffes auf § 5 verweist, wo von aktiver Teilnahme die Rede ist. Auch schon aus § 22 geht dies übrigens hervor; denn die Verpflichtung der Kommission, gegen die beteiligten Grundeigentümer, welche den Beitritt zur Genossenschaft verweigern, auf dem Wege der Verwaltungsstreitigkeit vorzugehen, beruht notwendig auf der Vorstellung, daß jeder beteiligte Grundeigentümer gezwungen werden könne, der Genossenschaft beizutreten, das trifft aber nach den §§ 24 und 25 nur bei Eigentümern von Teilen des Be- oder Entwässerungsgebietes zu.

Zweitens handelt es sich auch nicht im Sinne des § 22 um eine Protestation gegen die Art der Ausführung des Unternehmens. Der Begriff einer solchen Streitigkeit wird durch den Schlußsatz des Paragraphen eingeengt, der Einwendungen, „die nach bestehenden Gesetzen durch die Gerichte zu behandeln sind", auf den Civilweg weist; unter jenen Protestationen sind also nur Einwendungen gemeint, die nicht auf subjektiven Rechten, sondern auf Gründen der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit beruhen; denn der Schutz der Privatrechte, mögen sie durch Rechtsgeschäft erworben sein oder unmittelbar aus einem Gesetze abgeleitet werden, steht nach § 1 des Gesetzes über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache den Gerichten zu. Die Einwendungen, welche die Beschwerdegegner gegen das Unternehmen erhoben haben, sind aber gerade von der Art, daß die Beschwerdegegner behaupten, es werde eine Einwirkung auf ihr Land geplant, die sie zu dulden weder nach Gesetz noch durch Dienstbarkeit gehalten seien, die sich also als Verletzung des Eigentums darstelle.

Das angefochtene Urteil scheint denn auch anzunehmen, daß die Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin nicht als beteiligte Grundeigentümer gegenüberstehen, sondern als Dritte, welche die Abtretungspflicht oder die Belastung ihres Eigentums mit Dienstbarkeiten bestreiten. Wiewohl in einem solchen Falle ein Vorgang von Rechtsgeschäftsart angestrebt wird, hat der Gesetzgeber, wie im Falle der Zwangsenteignung für öffentliche Unternehmungen, ohne den Grundsatz der Gewaltentrennung zu mißachten, den Entscheid der Verwaltungsbehörde übertragen können, weil gedacht ist, daß die Wirkung des Unternehmens als eines Eingriffes in Privatrechte an sich unbestritten, die Entschädigungspflicht als Folge davon eventuell anerkannt und nur die Frage streitig sei, ob allgemeinere volkswirtschaftliche Interessen auf dem Spiele stehen, denen wegen ihrer größerer Bedeutung die bedrohten Privatrechte zu weichen haben. Von solcher Art

ist der vorliegende Streit nicht. Wie das angefochtene Urteil selbst andeutet, verlangt die Beschwerdeführerin im ersten Rechtsbegehren weder, daß ihr die Beschwerdegegner Land abtreten, noch daß sie ihr eine Dienstbarkeit einräume; sondern streitig ist die Frage, ob das Eigentum die Beschwerdegegner berechtige, sich einem veränderten Zulaufe des Wassers ab dem Entwässerungsgebiete der Beschwerdeführerin zu widersetzen, oder ob die gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums die Beschwerdegegner verpflichten, sich den Eingriff ohne Entschädigung gefallen zu lassen. Diese Frage nach Inhalt und Wirkung des den Beschwerdegegnern zustehenden Eigentumsrechtes fällt nach dem angeführten Grundsatze der Gewaltentrennung unter die Beurteilung der Gerichte. Während das angefochtene Urteil denn auch selbst anführt, daß den Beschwerdegegnern das Recht nicht versagt werden könne, auf dem Prozeßwege gegen Schädigungen und Eingriffe von klägerischer Seite vorzugehen, erklärt es die Folgerung als nicht zutreffend, daß die Beschwerdeführerin einen andern Weg als den im Gesetze vorgezeichneten des Administrativprozesses einzuschlagen berechtigt sei. Allein dies ist eben gerade nicht bewiesen, daß das Gesetz den Weg des Administrativprozesses vorschreibe, vielmehr handelt es sich, wie das Obergericht bemerkt, nicht um eine Belastung mit einer im Wege der Expropriation neu zu konstituierenden Dienstbarkeit, und es liegt nicht ein Fall vor, den das Gesetz ausdrücklich als Verwaltungssache erklärt. Im weitern wäre auch kein Grund vorhanden, den Streit über den einem Nachbar zu gewährenden Schutz vor einem Entwässerungsunternehmen, welcher Streit, wenn der bedrohte Nachbar klagt, zweifellos Rechtssache ist, bei umgekehrten Parteirollen als Verwaltungssache zu erklären; denn die Behandlung einer Sache als Rechts- oder Verwaltungssache kann sich nicht nach einem zufälligen Umstande, wie es die Parteistellung oft ist, sondern einzig nach dem Wesen des Streitgegenstandes richten. Indem das Obergericht ferner sagt, von einer negativen Feststellungsklage könne in einem solchen Falle keine Rede sein, da es den Beklagten überlassen bleiben müsse, ob und wann sie ihre Rechte geltend machen wollen, übersieht es, daß § 22 des Entwässerungsgesetzes die Genossenschaft anweist, als Klägerin gegen die Einsprecher aufzutreten, die negative Feststellungsklage also gerade nach dem Willen des Gesetzgebers, wenn nicht die einzig zulässige, so doch die normale Form der Anhängigmachung des Streites ist. Ist aus dem Gesetze zunächst zu schließen, daß ein Streit von der Art der vorliegenden Rechtsache sei, so kann also nicht diese Folgerung deswegen angefochten werden, weil die Genossenschaft Klägerin sei.

2. Aus dem Gesagten geht hervor, daß der Streit über das erste Rechtsbegehren nicht Verwaltungs-, sondern Rechtssache ist, und da das Gesetz nach beständiger Auslegung die sachliche Befugnis zur Behandlung eines Streites in jedem Sinne unter der Kompetenz begreift, liegt der Fall vor, daß die Vorinstanz sich unbefugterweise inkompetent erklärt hat. Zwar hat das Kassationsgericht wiederholt entschieden, wenn das Bezirksgericht sich inkompetent erklärt und das Obergericht den Entscheid bestätigt habe, so könne nicht gestützt auf Ziffer 2 von § 704 G. b. Rpfl. verlangt werden, daß das Kassationsgericht das Obergericht als zur Sache kompetent erkläre (Oberger. Rech.-Ber. 1883 Nr. 109). Damit steht es aber nicht in Widerspruch, wenn das Kassationsgericht im vorliegenden Falle die Beschwerde gutheißt. Hätte nämlich schon das Bezirksgericht sich inkompetent erklärt, so wäre es auf die Sache nicht eingetreten, und es würde die Gutheißung der Nichtigkeitsbeschwerde nach sich ziehen, daß das Kassationsgericht den Entscheid nicht nur des Obergerichtes, sondern auch des Bezirksgerichtes aufheben oder das Obergericht auf die Sache eintreten müßte, ohne daß diese durch das Bezirksgericht geprüft worden wäre, ja ohne daß die Parteien vor dem Bezirksgerichte darüber verhandelt hätten. Hat dagegen das Bezirksgericht, wie im vorliegenden Falle, über die Sache geurteilt, so ist das Obergericht nach Aufhebung seines Entscheides ohne weiteres im stande, auf die

Sache einzutreten, und es besteht daher für diesen Fall kein Grund, in die Ziffer 2 des § 704 G. b. Rpfl. eine Beschränkung hineinzulegen, die durch den Wortlaut allerdings nicht angedeutet ist und deren Berechtigung mit Bezug auf die ähnliche Ziffer 1 des § 704 schon im Kassationsgerichte selbst bestritten wurde (Oberger. Rech.-Ber. 1899 Nr. 160).

3. Das angefochtene Urteil stellt fest, daß der Streit über die Rechtsfragen 2 und 3 nach dem Be- und Entwässerungsgesetze vor die Gerichte gehört. § 22 dieses Gesetzes macht der das Unternehmen leitenden Kommission zur Pflicht, gegen Dritte, welche die Größe der Entschädigung bestreiten, den Civilweg einzuschlagen, und § 40 erklärt die Festsetzung des Maßes der Entschädigung für abzutretendes Land als Rechtsache, die ohne Rücksicht auf den Betrag erstinstanzlich in die Kompetenz des Bezirksgerichtes falle. Mit Recht sagt das angefochtene Urteil, diese Bestimmungen stehen der Auffassung nicht entgegen, daß das Schätzungsverfahren nach Maßgabe des Gesetzes über die Abtretung von Privatrechten vorauszugehen habe; fällt die Bezeichnung des Bezirksgerichtes als erster Instanz auf, da doch die Schätzungskommission selbst auch eine Instanz bildet, so ist zu bemerken, daß § 9 des Enteignungsgesetzes von 1838, das doch auch schon den Schätzern den ersten Entscheid zuwies, gleichfalls bestimmte, die Frage der Entscheidung werde als Rechtssache behandelt, und zwar in erster Instanz durch das Bezirksgericht, und daß § 46 des Enteignungsgesetzes von 1879 sich ähnlich ausdrückt. Anderseits fällt ins Gewicht, daß das Bewässerungsgesetz an die Spitze den Satz stellt, der Regierungsrat könne Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen im Sinne des Enteignungsgesetzes als öffentliche Unternehmungen erklären, daß also, was im Flurgesetz fehlt, das Gesetz die Zwangsenteignung nach Maßgabe des darüber geltenden Gesetzes als rechtliche Grundlage der Entwässerungsunternehmungen hinstellt, und es ist der Schluß vollkommen berechtigt, daß für die Zwangserwerbung von Rechten zum Zwecke von Entwässerungen in allen Teilen das Verfahren eingeschlagen werden müsse, das sich im Enteignungsgesetze umschrieben findet. Hievon kann der in § 2 des Enteignungsgesetzes enthaltene Vorbehalt von „Zwangsenteignungen, welche nach den bestehenden Gesetzen von Privaten auf Grund civilrechtlicher Verhältnisse verlangt werden können", nicht befreien; denn zwischen den Parteien besteht kein civilrechtliches Verhältnis, demzufolge die Beschwerdegegner verpflichtet wären, an die Beschwerdeführerin Land abzutreten, sondern der Grund der Abtretungspflicht besteht, wie aus dem Entwässerungsgesetze ersichtlich ist, in einem Bedürfnisse der allgemeinen Wohlfahrt.

Auf keinen Fall kann der hier besprochenen Erwägung des Obergerichtes ein Nichtigkeitsfehler vorgeworfen werden, weder unbefugte Inkompetenzerklärung noch Verweigerung des rechtlichen Gehöres; denn das Obergericht hat sich nicht geweigert, den Streit zu entscheiden, sondern nur verlangt, daß der Anrufung der Gerichte eine gewisse Förmlichkeit, die Einberufung der amtlichen Schätzer, vorangehe. Auch hier kann ferner von Widerspruch mit klaren gesetzlichen Bestimmungen in materieller Beziehung nicht die Rede sein, weil der behauptete Fehler, Verletzung der §§ 22 und 40 des Entwässerungsgesetzes, das Verfahren beschlägt.

(30. Sept. 1901. Entwässerungsgenossenschaft f. d. Weidried Ottenhausen c. H. Bockhorn u. Gen.)

Obergericht Zürich.

Zubehörden.

Das Leitungsnetz einer Wasserversorgungsanstalt (Röhren u. drgl.) ist nicht Zubehörde des Grundstückes, in dem die Quellenfassung und das Reservoir sich befinden. § 51 Priv. G.-B.

Laut Vertrag vom 15./23. November 1899 verkaufte die Wasserversorgungsgesellschaft Wetzikon der politischen Gemeinde Wetzikon: „die Anlagen und Einrichtungen, welche

dazu dienen, die Gemeinde Wetzikon mit Trink- und Brauchwasser, zum Teil auch Triebwasser zu versehen, alle Quellen und Wasserrechte, die ihr zustehen, die bestehenden Fassungen und Zuleitungen, das Reservoir, die Ableitungen und das Röhrennetz mit Hydranten und aller Zubehör, auch die von der Wasserversorgungsgesellschaft erworbenen Eigentums- und anderen dinglichen Rechte an Grundstücken, sowie alle Gerätschaften, welche sie zum Betriebe des Unternehmens angeschafft hat." In Art. II wurde die „Übernahmssumme der Liegenschaften inkl. Quellenfassungen und Reservoir, um welche dieselben abgefertigt werden", auf Fr. 60,000 festgesetzt und dieselbe als im Gesamtpreis inbegriffen erklärt. In Art. VI wurde der Übernahmspreis des Ganzen auf Fr. 400,000 festgestellt, nämlich Fr. 347,000 für die Anlage der Wasserversorgungsgesellschaft und Fr. 53,000 für eine von Graf-Honegger erworbene Wasserversorgung, nachträglich wurde jene Summe auf Fr. 415,000 erhöht, wovon auf die Anlage der Wasserversorgungsgesellschaft (exkl. die Grafsche) Fr. 362,000 entfielen.

Bei der notarialischen Fertigung der erstgenannten Anstalt berechnete der Notar die zu entrichtende Staatsgebühr von einem Werte von Fr. 362,000, also auf Fr. 870. 50 Cts.

Der gegen diese Gebührenrechnung sowohl von der Wasserversorgungsgesellschaft Wetzikon als auch der dortigen politischen Gemeinde erhobene Rekurs wurde in dem Sinne grundsätzlich gutgeheißen, daß die staatliche notarialische Handänderungsgebühr lediglich vom Wert der verkauften Liegenschaft, mit Ausschluß der ausserhalb derselben gelegenen Wassereinrichtungen, zu beziehen sei.

Gründe:

1. Praktisch spielt für die Berechnung der streitigen Staatsgebühr die Hauptrolle die Frage, ob der Wert des im öffentlichen Grund (Staats- und Gemeindestraßen) und in fremden Privateigentum liegenden Leitungsnetzes, das nach der Berichterstattung des Notars ungefähr 25 Kilometer Länge hat, für die Bemessung der Staatsgebühr in Betracht fällt. Das ist aber rechtlich nur möglich, wenn angenommen werden darf, daß diese Leitungen als Zubehörden der Grundstücke sich qualifizieren, die im Eigentum der Wasserversorgungsanstalt stehen, also insbesondere als Zubehörden derjenigen Grundstücke, in denen ein Teil der Quellen und Fassungen und das Reservoir sich befinden. In einem Entscheide vom 28. März 1893 (Handelsr. Entsch. Bd. XII S. 91) hat das Obergericht, als es sich um die Frage handelte, ob die Kraftleitungen eines Elektricitätswerkes als Zubehörden zur Kraftstation verpfändet werden können, prinzipiell dahin entschieden, daß derartige Leitungen, die über Eigentum von Drittpersonen führen, nicht als Pertinenzen zu andern Grundstücken betrachtet und daher nicht mit diesen verpfändet werden können. In erster Linie hat dieser Entscheid sich auf den Standpunkt gestellt, daß, soweit solche Leitungen mit fremden Grundstücken, durch die sie geführt werden, in feste Verbindung gebracht worden seien, sie auf Grund von § 49 Priv. G.-B. ihre rechtliche Selbständigkeit eingebüßt hätten und als Bestandteile dieser Grundstücke zu betrachten seien. Sodann wird weiter ausgeführt, daß die Stromleitungen ihrer Einrichtung und Bestimmung nach kaum als lediglich der Krafterzeugungsstation dienende Objekte erscheinen, und daß im übrigen das Gesetz (§ 51 Priv. G.-B.) als Zubehörden nur Anlagen und Einrichtungen anerkenne, die sich „auf, an oder in" der betreffenden Liegenschaft befinden, wodurch ohne weiteres ausgeschlossen sei, als Zubehörde zu einem Grundstücke eine Leitung zu qualifizieren, die über fremde Grundstücke führe.

2. An den Erwägungen dieses Entscheides ist in der Hauptsache auch gegenwärtig noch festzuhalten, und es ergiebt sich daraus für den vorliegenden Fall die Gutheißung der Beschwerde, soweit sie sich auf die Berechnung einer Handänderungsgebühr für das Leitungsnetz bezieht. Einmal kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß als Zubehörden von Liegenschaften nur solche bewegliche Sachen in Betracht kommen, die eine besondere rechtliche Existenz führen, und nicht Objekte, die durch Inkorporation Bestandteil von Grundstücken geworden sind. Ebenso steht fest, dass nach zürcherischem Recht

alle Objekte, bei denen die in § 49 Priv. G.-B. vorgesehene Verbindung mit dem Boden erfolgt ist, ihre rechtliche Selbständigkeit verloren und die Eigenschaft bloßer Bestandteile der Liegenschaft, mit der sie verbunden sind, angenommen haben. Der im deutschen B.-G.-B. (§ 95) und im Entwurf zum schweizerischen Civilgesetzbuch (Art. 676) enthaltene Satz, daß Objekte, die jemand in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts mit fremdem Grund und Boden verbindet, nicht zu Bestandteilen der letzteren werden, ist dem zürcherischen Rechte fremd. Der Berechtigte kann hier zwar mit Bezug auf den betreffenden inkorporierten Gegenstand ein an der Liegenschaft als solcher haftendes Wegnahmerecht (jus tollendi) haben, aber das hindert nicht, daß sich die Inkorporation an und für sich vollzogen hat und die betreffende Sache, solange sie nicht wieder losgetrennt ist, keine selbständige rechtliche Existenz besitzt. Wenn also die Leitungen — was wohl angenommen werden muß — mit den Liegenschaften, in die sie gelegt wurden, in feste Verbindung gebracht worden sind, so können sie schon aus diesem ersten Gesichtspunkt nicht als Zubehörde der Quellen- und Reservoirgrundstücke betrachtet werden.

3. Indessen ergiebt sich das nämliche Resultat auch dann, wenn man davon ausgehen will, daß die Wasserleitungsröhren ihre Natur als besondere Rechtsobjekte beibehalten haben. Zwar kann es als fraglich erscheinen, ob der in § 51 Priv. G.-B. für die Zubehörde geforderte räumliche Zusammenhang mit der Hauptsache bei Leitungen von der Natur der vorliegenden nicht doch auch mit Bezug auf die in fremden Grundstücken befindlichen Röhren als vorhanden betrachtet werden dürfe. Dagegen ist der ganzen Leitung der Charakter einer Zubehörde der Quellen- oder Reservoirgrundstücke jedenfalls deswegen abzusprechen, weil die wirtschaftliche Bestimmung dieser Leitung nicht diejenige einer Zubehörde zu den betreffenden Liegenschaften ist. Pertinenzen sind Sachen, die bestimmt sind, dem Interesse einer anderen Sache, der Hauptsache, also dem Nutzen oder der Annehmlichkeit derselben zu dienen (Waechter, Pandekten Bd. I, S. 300). Die Wasserleitungsröhren aber, die das Wasser aus dem Reservoir in andere Grundstücke wegführen sollen, haben nicht den Zweck, den Interessen der Quellen und des Reservoirs zu dienen, ebensowenig wie die elektrischen Starkstromleitungen für die Interessen der Krafterzeugungsstation bestimmt sind. Als Zubehörde können sie allenfalls, soweit sie nicht inkorporiert sind, im Verhältnis zu denjenigen Grundstücken aufgefaßt werden, denen sie das Wasser zuführen und deren Benutzung sie damit erleichtern, nicht aber kann ihnen die Qualität von Pertinenzen der Liegenschaften, in denen das Wasser zum Zwecke der Ableitung gewonnen wird, zukommen.

4. Was die auf die Gemeinde Wetzikon übertragenen Servitutsberechtigungen und Konzessionen anbelangt, so wären dieselben bei der Berechnung der Handänderungsgebühr mit zu berücksichtigen, wenn sie sich als eigentliche Realrechte darstellen würden, d. h. als Rechte, die mit dem Eigentum an den Quellen- und Reservoirgrundstücken verknüpft wären und daher auf den jeweiligen neuen Erwerber der letzteren ipso jure übergehen müßten. Da nun aber nicht das Geringste dafür vorliegt, daß die betreffenden Berechtigungen von der Wasserversorgungsgesellschaft Wetzikon nur in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin der erwähnten Liegenschaften erworben worden sind, werden auch sie, genau so wie das Leitungsnetz, außer Ansatz fallen müssen. Es bleiben somit als zur Handänderungsgebühr heranzuziehende Objekte nur die ins Eigentum der Gemeinde Wetzikon übergegangenen Liegenschaften selbst. Die Rekurrenten wollen von dem Gesamtkaufpreis auf diesen Teil der Kaufsobjekte einen Betrag von Fr. 52,000 verlegt wissen. Es bleibt aber natürlich der Notariatskanzlei vorbehalten, ihrerseits noch zu prüfen, ob die Berechnung zu acceptieren sei oder aber in offenbarem Mißverständnis zum wirklichen Verkehrswert der Objekte stehe.

Eine Minderheit des Obergerichtes erklärte sich für die gänzliche Verwerfung des Rekurses. Hiefür führte sie an:

1. Daß der in den Blättern für Handelsrechtliche Entscheidungen Bd. XII S. 91

mitgeteilte Entscheid mit Rücksicht auf die moderne Technik mit ihren Fernleitungen von Wasser, Licht und Kraft den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Verkehres nicht entspreche, wird in jenem Entscheide ausdrücklich zugegeben und bedauert, daß eine befriedigende Lösung auf Grund des bestehenden Gesetzes nicht möglich sei. Indessen kann nicht zugegeben werden, daß die Bestimmungen des Privatrechtlichen Gesetzbuches keine anderen, als die in dem angeführten Entscheide entwickelten, ganz unbefriedigenden Schlussfolgerungen zulassen.

Unhaltbar ist vor allem der Satz, daß solche Leitungen, die in Ausübung einer Servitut über oder durch ein fremdes Grundstück gezogen werden und zur Erreichung des beabsichtigten technischen Erfolges mit dem Erdreiche des fremden Grundstückes fest verbunden werden müssen, deswegen Teile dieses Grundstückes werden und aus dem Eigentum des servitutsberechtigten Leitungsinhabers ausscheiden, um in dasjenige des Eigentümers des belasteten Grundstückes überzugehen. Das hätte rechtlich zur notwendigen Folge, daß solche, oft stundenweit führenden elektrischen Leitungen nicht im Eigentum des Elektricitätswerkes, sondern je im ausgeschiedenen Eigentum der verschiedenen Grundstücksbesitzer ständen: Allein die Konsequenzen dieser Auffassung werden weder im Verkehr noch vom rechtlichen Gesichtspunkte aus gezogen. Es ist doch wohl nicht zweifelhaft, daß der servitutsbelastete Grundeigentümer, der böswilliger Weise die Substanz der über oder durch sein Grundstück führenden Leitung beschädigt, sich des Vergehens der Sachbeschädigung schuldig macht, was grundsätzlich ausgeschlossen wäre, wenn diese Leitung einen Teil seines Grundstückes bilden würde. Auch ist gewiß der Eigentümer einer solchen Leitung berechtigt, z. B. nach Verzicht auf die Servitut, die Leitung von dem servitutsbelasteten Grundstücke wegzunehmen, was ebenfalls nicht zulässig wäre, müßte die Leitung rechtlich als ein Teil des Grundstückes betrachtet werden. Zuzugeben ist, daß das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch von dem römisch-rechtlichen Grundsatze ausgeht, daß alles, was mit dem Boden fest zusammenhängt, Bestandteil des Bodens ist, und daß dessen rechtlichen Schiksale für die mit ihm in festem Zusammenhang stehenden Sachen entscheidend sind. Allein dieser Grundsatz ist nicht in der Weise eine rechtliche Notwendigkeit, daß er sich auch auf solche Sachen bezöge, die in Ausübung einer Dienstbarkeit oder eines andern dinglichen Rechtes von dem Berechtigten mit dem belasteten Grundstücke verbunden werden. Sachen, die in Ausübung eines dinglichen Rechtes an einem fremden Grundstücke mit diesem verbunden werden, sind rechtlich nicht als Bestandteile des letzteren zu betrachten, sondern bleiben im Eigentum des Berechtigten. Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt daraus, daß nach der Natur und dem juristischen Wesen des Dienstbarkeitsrechtes der Berechtigte das fremde Grundstück in bestimmter Weise benutzen und die dazu nötigen Anlagen in seinem Interesse herstellen kann, seine hiezu verwendeten Sachen daher den Charakter von Accessionen des Rechtes haben und behalten. Dieser Grundsatz, der z. B. im deutschen Bürgerl. Gesetzbuch ausdrücklich ausgesprochen wurde (§ 95), gilt auch für das zürcherische Recht, weil er aus dem Begriffe des Servitutsrechtes als solchem folgt. (Übrigens zeugen auch mehrere Digestenstellen, L. 27 § 32 ad leg. Aquiliam 9,2; L. 49 de contr. emt. 18, 1, von der Auffassung, daß bei einer Wasserleitungsservitut die in das prädium serviens eingefügten fistulae und canales nicht als Bestandteile des Grundstückes gelten, sondern im Eigentum des Berechtigten verbleiben.)

2. Die Rekurrenten haben sich in Anlehnung an den mehrfach erwähnten Entscheid auf den Standpunkt gestellt, daß die in öffentlichem Grund und Boden und in fremden Grundstücken sich vorfindenden Leitungen nicht als Zubehörde zu den Grundstücken der Wasserversorgung, insbesondere nicht zum Reservoirgrundstück, betrachtet werden können, weil § 51 Priv. G.-B. den Charakter als Zubehörde nur solchen Sachen zukommen lasse, die „auf, in oder an“ der betreffenden Liegenschaft sich befinden. Allein diese an den Buchstaben des Gesetzes sich anklammernde Interpretation kann nicht als zutreffend anerkannt werden. § 50 Priv.

G.-B. stellt den Grundsatz auf, daß als Zubehörden zu behandeln seien: die ihrer Natur nach für die betreffende Liegenschaft bestimmten und nur für den Besitzer der letzteren ganz oder annähernd in ihrem wahren Werte zur Geltung kommenden Gegenstände; diese Definition findet gewiß auch auf Wasserleitungen Anwendung, die ohne die zu ihnen gehörenden Quellen und Reservoirs sozusagen wertlos erscheinen. § 50 Priv. G.-B. giebt sodann eine nicht erschöpfende, sondern nur beispielsweise Aufzählung solcher als Zubehörden in Betracht kommenden Sachen. Da diese Aufzählung ausnahmslos bewegliche Sachen enthält, die natürlich auch ohne Verbindung mit Liegeschaften wirtschaftlich und rechtlich ihre Bedeutung haben, erklärt § 51, daß diese Sachen „erst dann" (nicht: „nur dann") die Eigenschaft einer Zubehörde erhalten, wenn sie „auf, in oder an" der betreffenden Liegenschaft sich befinden. Damit will die eigentlich selbstverständliche Voraussetzung erwähnt werden, daß diese Sache in ein ihrer Bestimmung entsprechendes räumliches Verhältnis zum betreffenden Grundstücke gebracht werden müssen. Daß eine Wasserleitung mit dem Quellengrundstück bezw. dem Reservoir in einer festen Verbindung steht, und zwar in einer solchen, die über den Zweck der Zubehörde keinem Zweifel Raum giebt, ist offensichtlich. Aus den Worten „auf, an oder in" (der Liegenschaft) folgt durchaus nicht mit Notwendigkeit, daß als Zubehörde nicht eine Sache betrachtet werden dürfe, die mit der Hauptsache in enger und bleibender Verbindung steht, die sich aber auch über die Liegenschaft, der sie zu dienen hat, hinaus erstreckt. Gegenteils ist zu sagen, daß das Gesetz mit dem Ausdruck „auf, an oder in" der Liegenschaft, den Bedürfnissen des Verkehres weit möglichst entgegenkommen und nichts anderes zum Ausdruck bringen wollte, als was z. B. der schweizerische Entwurf (Art. 647) mit den Worten bezeichnet, daß „die Sache durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in eine Beziehung zur Hauptsache gebracht werde, die ihrer Bestimmung entspricht". (Vrgl. auch B.-G.-B. § 97, verbis: „zur Hauptsache in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse steht.") — Wenn § 50 Priv. G.-B., um den wirtschaftlichen Bedürfnissen entgegen zu kommen, Rebstickel, Dünger, Urkunden und Pläne, als Bestandteile einer Liegenschaft erklärt, widerspricht es gewiß dem gesetzgeberischen Gedanken nicht, wenn der Richter in freier Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen Kraft-, Licht- und Wasserleitungen als Zubehörden der Kraft-, Licht- und Wassercentralen behandelt.

(4. Oktober 1901. Wasserversorgungsgesellschaft Wetzikon c. Notariat Wetzikon.)

II. Anfechtung des Kollokationsplanes.

Neue Aufstellung eines Kollokationsplanes und Fristansetzung zur Anfechtung desselben nach gerichtlicher Gutheißung eines vorgehenden Pfandrechtes an den Pfandgegenständen. Art. 146—148 Sch.- u. K.-G. und § 169 der obergerichtlichen Anweisung z. Sch.- u. K.-G. vom 16. Januar 1894.

Im Betreibungsverfahren gegen J. H., Pächter der dem Rekurrenten gehörenden Mühle, geriet der Rekurrent Z., welcher an den gepfändeten Gegenständen für eine Pachtzinsforderung von 2360 Fr. ein Retentionsrecht geltend machte, in Konflikt mit dem Viehhändler S. B., welcher an drei gepfändeten Viehstücken für eine Forderung von 2000 Fr. ein Pfandrecht aus freiwilliger Pfandverschreibung beanspruchte, indem beide Parteien für ihre Ansprüche den Vorrang behaupteten. Im beschleunigten Prozeßverfahren wurde letztinstanzlich durch Entscheid der Appellationskammer das Pfandrecht des Klägers B. als dem Retentionsrecht des Beklagten Z. vorgehend erklärt.

Nach der Auflegung des Kollokationsplanes, von welcher dem Rekurrenten Z. keine Mitteilung gemacht worden war, verlangte letzterer, daß ihm vom Betreibungsamt nachträglich noch offiziell Anzeige von der Auflegung gemacht und Frist angesetzt werde zur Bestreitung der Forderung des B., für welche das Pfandrecht als dem Retentionsrecht vorgehend erklärt worden war.

Auf dieses Begehren trat indessen das Betreibungsamt nicht ein und die vom Rekurrenten hierüber erhobene Beschwerde wurde vom Bezirksgericht Winterthur als erstinstanzlicher Aufsichtsbehörde als unbegründet abgewiesen unter Hinweis auf die Bestimmung des § 169 Abs. 2 der oberger. Anweisung zum Sch.- u. K.-G., wo gesagt wird, daß Pfandansprachen, welche in einem gemäß Art. 106 ff. das. eingeleiteten Prozeßverfahren geschützt worden seien, nicht mehr durch eine Klage gegen den Kollokationsplan angefochten werden können.

Z. rekurriert nun gegen die Abweisung seiner Beschwerde; er beantragt das Betreibungsamt anzuweisen, mit Bezug auf die gegen H. geführten Betreibungen, bei denen der Rekurrent und B. beteiligt gewesen, einen Kollokationsplan gemäß Art. 146 des Betreibungsgesetzes aufzulegen und im übrigen nach Art. 147 ff. Sch.- u. K.-G. zu verfahren. Er führt aus:

Der von der Vorinstanz angezogene § 169 der oberger. Anweisung stehe mit dem Bundesgesetze in Widerspruch und habe daher keinen Anspruch auf Beachtung. Möge auch in vielen Fällen die Aufstellung eines Kollokationsplanes überflüssig erscheinen, so zeige gerade der vorliegende Fall, daß dies nur die Regel sei, von der es Ausnahmen gebe. Der Rekurrent habe niemals den Anspruch des B. anerkannt. Sollte dies aber thatsächlich geschehen sein, so könnte B. diese Anerkennung vielleicht im Kollokationsprozesse geltend machen. Im bisherigen Prozeßverfahren zwischen den beiden Parteien habe sich die Möglichkeit nicht geboten für eine Diskussion über den Bestand der Forderung des B. Daß eine kantonale Behörde nicht das Recht habe, auf dem Verordnungswege gesetzliche Vorschriften aufzuheben, brauche nicht näher erörtert zu werden.

Der Rekurs wurde als begründet erklärt und das Betreibungsamt angewiesen, dem Rekurrenten von der Auflegung des Kollokationsplanes nachträglich durch Formular 14 Kenntnis zu geben.

Gründe:

1. Nach der eigenen Angabe des Betreibungsamtes, mußte in der Betreibung gegen H. thatsächlich ein Kollokationsplan aufgestellt werden, weil nicht sämtliche Gläubiger gedeckt werden konnten.

Nun statuiert Art. 147 des Sch.- u. K.-G., daß von der Auflegung des Kollokationsplanes jedem Beteiligten unter Zustellung eines seine Forderung betreffenden Auszuges Kenntnis zu geben sei. Ferner sagt Art. 148 des cit. Ges., daß jeder Gläubiger den Kollokationsplan binnen 10 Tagen nach Empfang des Auszuges durch Klage gegen die Beteiligten anfechten könne.

Es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß Abs. 2 des § 169 der oberger. Anweisung den Betreibungsbeamten nicht von der Pflicht entbindet, allen Beteiligten wenigstens Mitteilung von der Auflegung des Kollokationsplanes zu machen, sofern ein solcher überhaupt angefertigt worden ist. Mehr braucht es aber nicht, um die Beteiligten zur Anfechtung des Kollokationsplanes binnen 10 Tagen zu legitimieren, denn dieses Recht giebt ihnen ohne weiteres Art. 148 des Sch.- u. K.-G.; einer förmlichen Fristansetzung zur Anfechtung des Kollokationsplanes bedarf es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht.

Der Abs. 2 des § 169 der oberger. Anweisung kann daher unmöglich als Anweisung an den Betreibungsbeamten betrachtet werden, in den erwähnten Fällen keine Mitteilung von der Auflegung des Kollokationsplanes zu machen und keine Frist zur Anfechtung desselben anzusetzen; fürs erste, weil es, wie schon gesagt, einer solchen förmlichen Fristansetzung für die Legitimation zur Anfechtungsklage gar nicht bedarf; fürs zweite aber auch deshalb, weil ja der Betreibungsbeamte gar nicht wissen kann, ob nicht die Beteiligten vielleicht ganz andere Anfechtungsgründe geltend machen wollen.

Absatz 2 des cit. § der oberger. Anweisung enthält vielmehr nur eine Rechtsbelehrung (welche sich übrigens im Einklang befindet mit den Ausführungen Jägers in seinem Kommentar zu Art. 148 Sch.- u. K.-G., Note 4, Seite 266 Mitte), eine Gesetzesauslegung, welche der Instanz dienen mag, die in den Fall kommt, die streitige Frage zu entschei-

den. Das Betreibungsamt kann, wenigstens im vorliegenden Fall, diese Instanz nicht sein.
(12. Sept. 1901 i. S. Zwingli.)

III. Prozessrecht.

Zeugnißpflicht des den Prozeß führenden Rechtsanwaltes.

Die Auffassung, daß der prozeßführende Anwalt im Prozesse selbst nicht als Zeuge auftreten könne, erscheint nach dem geltenden Prozeßrechte als unrichtig. Der Anwalt einer Partei darf nicht mit der Partei selbst identifiziert werden; er ist im Prozesse den Parteien gegenüber eine Drittperson, wie ihn § 729 G. b. Rpfl. ausdrücklich bezeichnet. Er handelt ja nicht in eigener Sache; der Satz, daß niemand in eigener Sache Zeuge sein könne, trifft auf ihn daher nicht zu. Der in § 365 G. b. Rpfl. aufgestellte Grundsatz der allgemeinen Zeugnispflicht gilt absolut und für alle Personen, die im Prozesse nicht Parteistellung einnehmen, sofern das Gesetz nicht selbst eine Ausnahme statuiert. Die Untüchtigkeit des Prozeßanwaltes als Zeuge läßt sich nicht aus dem Begriffe des Beweismittels ableiten, anderseits aber bezeichnet das Gesetz in § 366 nur die Verwandten und Verschwägerten des Beweisführers (in bestimmtem Umfange), nicht aber die Anwälte als unzulässige Zeugen. Unbegründet ist insbesondere die geltend gemachte Auffassung, nach welcher der zürcherische Rechtsanwalt ein staatliches, dem Richter koordiniertes Organ sei. Aus dem Rechtsanwaltsgesetze läßt sich diese Anschauung nicht ableiten, da dasselbe lediglich die Voraussetzungen für die Ausübung des privaten Anwaltsberufes und eine Aufsicht über die Ausübung dieses Berufes aufstellt. Die Natur der Funktionen und die Bedeutung des Anwaltsstandes könnten in dieser Hinsicht allenfalls de lege ferenda in Betracht kommen, nicht aber nach dem geltenden Prozeßgesetze des Kantons Zürich. Wenn die gemeinrechtliche Civilprozeß-Theorie da und dort den Advokaten als zeugnisunfähig behandelte, so geschah dies ausgesprochenermassen nur wegen des Interesses, das demselben am Ausgange des Prozesses zugeschrieben wurde, nicht aber weil der Ausschluß begrifflich für notwendig erachtet worden wäre. (Vgl. Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechtes, § 110 Ziff. II, zu Note 42 bis 45; Wetzel, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., § 23, I, 2, S. 208; Tenge im Archiv f. d. civilist. Praxis, Bd. 47, S. 203 ff.) Nun kennt aber das zürcherische Prozeßgesetz den Unfähigkeitsgrund, der in dem Interesse am Ausgange des Prozesses liegen soll, nicht, sondern überläßt dieses allerdings nicht zu unterschätzende Moment der freien Würdigung des Richters.
(24. Juli 1901.)

Peter Bauer in Chur.

Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben von **Dr. P. Wolf**, Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel**, sowie durch alle Buchhandlungen.

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.
Rundschrift
in 6 Lektionen.
Zum Selbstunterricht mit einem Vorworte von
J. A. C. Rosenkranz,
Kalligraph u. Lehrer an d. Realschule d. Johanneums i. Hamburg,
von **HEINRICH KOCH**, Kalligraph und Handelslehrer.
20. Auflage. — ***Preis 1 Fr.***
Da die Rundschrift immer ausgedehntere Verbreitung findet, wird dieses Heft, welches in sauberer Ausführung und feiner Entwicklung die Buchstabenformen vorführt, bei dem billigen Preise den wohlverdienten Beifall und überall Eingang finden.

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.

Bei uns erschien:

Schweizer Zeitfragen 32.

Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigung im Bauhandwerk, in der illoyalen Konkurrenz und im Kreditwesen

von Dr. F. Meili, Professor an der Universität Zürich.

Preis 2 Franken.

Sammlung

Schweizerischer Gesetze.

Nr. 1—4. Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- u. Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890 mit Vollziehungsverordnung vom 7. April 1891. — **Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente** vom 29. Juni 1888, mit den Vollziehungsverordnungen vom 12. Oktober 1888 und 24. Juni 1889. — **Bundesratsbeschluss betreffend die Leistung des Beweises, dass das Modell einer patentierbaren Erfindung existiert,** vom 26. Oktober 1888 und 6. März 1889. — **Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle** vom 21. Dezember 1888 nebst Vollziehungsverordnung vom 24. Mai 1889. — **Internationale Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums** vom 20. März 1883 mit Schlussprotokoll. Preis Fr. 1. 60.

Nr. 5—9. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 10. April 1889 mit **Einleitung und Sachregister von Dr. Hafner,** Bundesgerichtspräsident. — **Gebührentarif** vom 1. Mai 1891 mit **Sachregister.** Preis 2 Fr.

Nr. 10—12. Der Nachlassvertrag im Bundesgesetze vom 10. April 1889, **kommentiert und mit alphabetischem Sachregister von Otto Hotz,** Advokat. Preis Fr. 1. 20.

Nr. 13—16. Die Militärstrafgerichtsordnung der Schweiz. Text-Ausgabe mit Verweisungen und Sachregister. Herausgegeben von **Rudolf Kocher,** Fürsprecher in Bern, gew. Mitglied des Obergerichts des Kantons Bern. **Preis Fr. 1. 60.**

Nr. 17—20. Bürgerliche Strafgerichtsorganisation und Strafprozessgesetzgebung der Schweiz. Textausgabe der Bundesgesetze mit Verweisungen, insbesondere auf die bundesgerichtliche Praxis und die Strafprozessgesetze der Kantone, von **Rudolf Kocher,** Fürsprecher in Bern. Preis Fr. 1. 60.

Nr. 21—24. Législation fédérale relative à l'agriculture.

Nr. 25—30. Die Strafgerichtsorganisation und Strafprozessgesetzgebung der Schweiz. Textausgabe der Bundesgesetze mit Verweisungen, insbesondere auf die bundesgerichtliche Praxis und die Strafprozessgesetze der Kantone, von **Rudolf Kocher,** Fürsprecher in Bern. Preis Fr. 2. 40.

Nr. 31—34. Bundesgesetz betreffend die landwirtschaftliche Gesetzgebung des Bundes. Preis Fr. 1. 60.

Preis per Nummer 40 Cts.

Diese Sammlung wird fortgesetzt und ist für jedermann geradezu unentbehrlich.

Vorrätig in allen Buchhandlungen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

1. Dezember 1901. XX. Band. No. 22.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postämtern in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; für's Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Urteil des Handelsgerichtes Zürich betr. Frachtvertrag. II. Entscheidungen der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. a) Liegenschaftenkäufe von Ehefrauen, b) Zubehörden, c) Wechsel, d) Besetzung der Gerichte. III. Entscheidungen des Obergerichtes Zürich betr. a) Pfandverwertung, b) Arrest, c) Lohnpfändung, d) Ergänzungspfändung.

An unsere Leser!

Mangel an Zeit, sowie Gesundheitsrücksichten veranlassen mich, die Redaktion dieser Blätter am Schlusse des Jahres niederzulegen. Anfangs 1892, vor zehn Jahren, übernahm ich sie aus den Händen des damals aus dem Obergerichte ausscheidenden Herrn Oberrichter Goßweiler, im Verein mit meinem Amtskollegen Herrn Dr. Karl Bindschedler, und als dieser sich im Frühjahr 1896 dem Rechtsanwaltsberufe zuwandte, führte ich sie weiter, unterstützt durch die Herren Obergerichtssekretäre Dr. F. Lienhard, J. Zöbeli und Dr. H. Rahn, zeitweilig auch durch Herrn Bundesgerichtsschreiber Dr. Th. Weiss. Für ihre langjährige treue Mitarbeit erstatte ich diesen Herren meinen herzlichen Dank und nicht weniger auch den Freunden der Blätter, welche diese gelegentlich durch Beiträge bereicherten, vor allem den Herren Oberrichter Dr. Wächter, Präsidenten des zürcherischen Handelsgerichtes und Nationalrat Ursprung, Mitglied des aargauischen Obergerichtes. Mehr als vorausgesehen mußte ich jeweilen, namentlich auch wegen der beschränkten verfügbaren Zeit, die Nachsicht der Leser in Anspruch nehmen.

Erfreulicherweise kann mit diesen Mitteilungen die weitere verbunden werden, daß die vorliegende Sammlung, die sich, jedenfalls für den Kanton Zürich, als unentbehrlich erwiesen hat, auch fernerhin fortgesetzt wird, indem die Herren Oberrichter Dr. Wächter und Dr. Schurter verdankenswerterweise die Redaktion übernommen haben.

Zürich, im Dezember 1901.

Dr. A. Schoch, Obergerichtsschreiber.

Handelsgericht Zürich.

Frachtvertrag.

Nichtanwendbarkeit des internat. Übereinkommens betr. den Eisenbahnfrachtverkehr auf Transporte, welche Vertrags- und Nichtvertragsstaaten berühren. — Klagerecht des Destinatärs, welcher die Abnahme einer schadhaften Ware verweigert hat. — Schadensursache: Beschädigung der Ware oder Versäumung der Lieferfrist? — Beweislast. — Höhere Gewalt. — Haftung schweizer. Bahnen für Transportverzögerungen ausländischer. Art. 39 schweiz. Transport Ges. — Verjährung der Entschädigungsforderung aus verspäteter Ablieferung des Frachtgutes Art. 45, Abs. 1 Transp. Ges. u. Unterbrechung der Verjährung Art. 45 Abs. 3 Transp. Ges. 154 Ziff. 2 Obl. R.

Der Kläger Schirmeister kaufte im Dezember 1899 von A. Ries in Valenzia eine Wagenladung Orangen zum Fakturapreis von Fr. 637. 50 Cts. franko Cerbère, der auf französischem Gebiet befindlichen Grenzstation gegen Spanien. Die Ware ging am 27. Dezember von Puebla Larga, dem Versandorte, ab und kam am 30. gl. Mts. in Cerbère an, von wo sie, nach stattgehabter Zollbehandlung und erfolgtem Umlad in einen französischen Wagen, durch den Spediteur Arras nach der klägerischen Darstellung noch am gleichen Tage nach der beklagtischen am 1. Januar weiterbefördert wurde. Am 22. Januar passierte die Sendung den Zoll in Genf und am 25. erhielt der Kläger von der Empfangsexpedition der Beklagten, Schweizer. N. O. B. in Zürich, die Anzeige von der Ankunft der Ladung. Da die Orangen indessen zu einem erheblichen Teil in Fäulnis übergegangen waren, verweigerte der Kläger deren Abnahme und, um weiterm Verderb vorzubeugen, ließ die Beklagte die ganze Post am 27. Januar verkaufen, wobei sich abzüglich Fracht, Zoll und andere Spesen ein Erlös von Fr. 246. 44 Cts. ergab. Schon am 15. Januar hatte der Kläger bei der Beklagten wegen des Ausbleibens der Sendung, welche angeblich spätestens am 11. hätte eintreffen sollen, reklamiert und seine Schadensersatzansprüche gewahrt. Die Beklagte erklärte ihm jedoch unterm 10. Februar als zur Erhebung solcher Ansprüche nicht berechtigt, weil er die Ware nicht angenommen habe.

Der Verkäufer belangte nun unterm 29. Mai 1900 vor dem zürch. Handelsgericht den heutigen Kläger auf Bezahlung des Fakturawertes, worauf derselbe der Beklagten den Streit verkündigte und ihr die Weiterführung des Prozesses überließ. Da diese sich jedoch weigerte, in denselben einzutreten, wurde die Klage als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben, worauf der Kläger den Verkäufer Ries unter dem 8. Sept. gänzlich befriedigte. Am 1. Mai a. c. stellte der Anwalt des Ries in jenem Prozeß, dem Schirmeister eine Bescheinigung aus, wonach er ihm alle Rechte seines Klienten aus dem fraglichen Frachtvertrag an alle beteiligten Transportanstalten abtrat.

Hierauf belangte Schirmeister die N. O. B. auf Ersatz seines Schadens. Zur Begründung dieses Anspruches wurde vorgebracht: Die Orangen haben sich, wie ein Brief des Arras vom 31. März darthue, in Cerbère noch in ausgezeichnetem Zustand befunden, so daß es keinem Zweifel unterliege, daß die in Zürich konstatierte Beschädigung einer der von Cerbère weg am Transport beteiligten Bahnen zur Last zu legen sei. Nach dem eidg. Transportgesetz (T. G.) sowohl wie nach dem Internationalen Übereinkommen betr. den Eisenbahnfrachtverkehr (J. Ü.) könne in solchen Fällen die zuletzt an dem fraglichen Transport beteiligte Bahn für den Schaden haftbar gemacht werden, ohne daß dabei Grund und Zeit des Schadenseintrittes erst nachgewiesen werden müßten. Die rechtliche Grundlage der vorliegenden Klage sei in Art. 30 T. G., zu suchen, da eine „Beschädigung" der Ware vorliege, welche offenbar aus Transportverzögerung entstanden sei. Diesbezüglich falle speziell in Betracht, daß die tarifmäßige Transportzeit für die französische Strecke, stark überschritten worden sei. Für einen hieraus entstandenen Schaden habe aber die Beklagte aufzukommen, da sie ja ohne Zweifel auf die Vorbahnen, und speziell auch auf die französischen Regreß nehmen könne.

Von einer Verjährung des klägerischen Anspruches sei keine Rede, da die Reklamation des Klägers seitens der Beklagten erst am 10. Februar 1900 erledigt worden sei, während jener dagegen schon am 1. Februar a. c., also vor Verfluß eines Jahres, den Prozeß eingeleitet habe. Ebensowenig begründet sei die Bemängelung der Aktivlegitimation.

Die Beklagte bestritt ihre Haftpflicht aus folgenden Gründen: Der Kläger sei zur Anbringung der Klage gar nicht befugt, da er weder in den Frachtvertrag eingetreten sei, noch eventuelle Ansprüche des Ries gültig sich habe cedieren lassen. Eine eventuell mündlich erfolgte Abtretung des Letztern sei für die Beklagte als Dritte natürlich ohne Bedeutung, und der Vertreter des Ries sei zur Cession nicht bevollmächtigt gewesen. Materiell hafte die Beklagte unter allen Umständen nicht, ob man nun als Schadensursache eine Beschädigung der Ware oder eine Verspätung in der Ablieferung annehme, wobei in erster Linie das Vorliegen der einen wie der andern Thatsache bestritten werde. Eventuell handle es sich in beiden Fällen um einen innern Verderb des Frachtgutes, der auf dessen natürliche Beschaffenheit zurückzuführen sei, und für welchen die Bahn gemäß Art. 31 Ziff. 4 T. G. nicht aufzukommen habe. Da nämlich Spanien dem J. Ü. nicht beigetreten und im vorliegenden Fall für den ganzen Transport nur ein Frachtbrief ausgestellt worden sei, so komme für die Beklagte nur schweiz. Recht zur Anwendung. Suche man aber die Schadensursache, wie event. allein richtig, in einer Überschreitung der Lieferfrist, so sei eine Haftung der Beklagten schon deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger mit Recht das Vorliegen einer derartigen Versäumnis auf seiten der schweizer. Bahnen nicht behauptet habe und in solchen Fällen ein Eintreten für das Verschulden ausländischer Transportanstalten nicht stattfinde. Und erachte man umgekehrt den Art. 30 (Haftung wegen Beschädigung) als auf den konkreten Thatbestand zutreffend, so entfalle wiederum die Haftpflicht der Beklagten, da ihr ein Rückgriff gemäß Abs. 3 dieses Artikels eben nicht zustehe. Übrigens werde das Vorliegen eines Verschuldens für keine der an dem Transporte beteiligten Bahnen zugegeben, da die einzige Ursache des nicht rechtzeitigen Eintreffens der Ware, der Einsturz des Tunnels bei Bellegarde im Januar 1901, als ein Ereignis höherer Gewalt anzusehen sei. Infolge dieses Umstandes habe der ganze Verkehr Lyon-Genf über Pontarlier geleitet werden müssen, woraus sich eine Überschreitung der Lieferfrist zur Genüge erklären würde. Event. werde dem Anspruch aus Überschreitung der Lieferfrist die Einrede der Verwirkung und jenem sowohl als einer Klage wegen Beschädigung des Gutes die Einrede der Verjährung entgegengehalten.

Das Gericht schützte die Forderung in dem Betrage von Fr. 637. 50 Cts. nebst Zins seit 27. Januar 1900, worauf sie vom Kläger im Laufe des Verfahrens reduziert worden war.

Gründe:

1. Der streitige Frachtvertrag ist, soweit die Beklagte aus demselben belangt wird, nach schweizerichem Transportrecht und nicht auf Grund des J. Ü. zu beurteilen, da letzteres nur auf diejenigen Eisenbahntransporte Anwendung erleidet, welche ausschließlich jenem Übereinkommen unterstellte Gebiete berühren. Nun gehört Spanien nicht zu diesen, während dies für Frankreich und die Schweiz allerdings zutreffen würde. Es ginge aber auch nicht an, den ganzen Transport zu zerlegen und, soweit er in die beiden letztern Länder fällt, dem J. Ü. zu unterstellen, da für diese Strecke ein besonderer Frachtbrief nicht ausgestellt wurde, (Eger, J. Ü. S. 22) vielmehr der in Spanien errichtete die Sendung vom Anfang bis zum Schluß begleitete.

2. Mit Unrecht ist die Aktivlegitimation des Klägers zur Stellung der gegenwärtigen Klage bemängelt worden. Nach Art. 16 T.-G. ist der Empfänger zur Geltendmachung der aus dem Frachtvertrage resultierenden Rechte jedenfalls so lange befugt, als der Absender nicht eine entgegenstehende Verfügung erteilt hat. Das letztere ist hier unbestrittenermaßen nicht geschehen, und der Umstand, daß der Kläger

früher einmal die Ware refüsiert hat, hindert ihn nicht, auf seinen Entschluß zurückzukommen. Im übrigen ist aber auch die Gültigkeit der Cession eventueller Rechte des Ries gegenüber der Bahn mit Unrecht bemängelt worden. Gemäß der in jener Angelegenheit von Ries ausgestellten Vollmacht war dessen Anwalt berechtigt, das Geschäft in jeder Beziehung vollständig abzuwickeln wie ein „Generalbevollmächtigter". Zweifellos war er daher auch befugt, gegen die Bezahlung der Forderung seines Klienten die mit dem Kaufsobjekt verknüpften Rechte desselben gegen die Transportanstalten an den damaligen Beklagten zu übertragen.

3. Streitig ist nun aber, insoweit sich die Klage als Schadensersatzanspruch und nicht als solcher auf Herausgabe des Steigerungserlöses darstellt, ob der schadhafte Zustand der Orangen bei deren Ankunft in Zürich als Folge einer „Beschädigung des Gutes" im Sinne von Art. 30 ff. T.-G. oder einer „Versäumung der Lieferfrist" im Sinne von Art. 39 ff. anzusehen sei. Ohne Bedeutung ist die Entscheidung dieser Frage zwar in concreto für die Höhe des event. zu leistenden Schadensersatzes, da die anfängliche Bestreitung des Quantitativs der klägerischen Forderung fallen gelassen wurde. Dagegen ist zweifelhaft, ob die Haftbarkeit der schweizer. Bahnen für ein Verschulden der ausländischen, wie es in Art. 30 Abs. 3 normiert ist, auch für den Fall des Art. 39 gelte, so daß aus diesem Grunde die Subsumierung des vorliegenden Thatbestandes unter den einen oder andern Artikel nicht von vorneherein auf das Gleiche herauskommt.

Die Parteien sind nun, was die Qualifikation der Schadensursache anbelangt, darüber einig, daß der Fäulniszustand der Orangen nicht auf von außen her wirkende, schädigende Ereignisse, wie Vernässung durch Regenwasser etc., sondern auf innern Verderb infolge der langen Dauer des Transports zuzückzuführen sei. Bei dieser Sachlage ist nun aber der Beklagten ohne weiteres darin beizupflichten, daß es sich nicht um die Anwendung von Art. 30 T.-G. sondern nur um diejenige von Art. 39 ff. handeln kann. Liegt eine Versäumung der Lieferfrist nicht vor, so ist, wie auch der Kläger nicht bestreitet, eine Schadensersatzpflicht der Bahn überhaupt nicht gegeben, da die letztere dann mit Recht einwenden kann, daß die Beschädigung eine Folge der inneren Beschaffenheit des Guts gewesen sei. Ist die Lieferfrist aber überschritten, und hat die Ware durch die übermäßige Dauer des Transports gelitten, so liegt eben der Fall des Art. 39 T.-G. vor. Der Umstand, daß der Schaden dann in der Veränderung des Guts selbst und nicht in andern Faktoren zu suchen ist, schließt die Anwendbarkeit der fraglichen Bestimmung keineswegs aus. (Vgl. auch Eger, Kommentar zum J. Ü. pag. 664.)

4. Was nun zunächst die behauptete Überschreitung der Lieferfrist anbelangt, so ist allerdings richtig, daß der Kläger dieselbe, weil sie das Fundament seiner Klage bildet, nachzuweisen hat. Dagegen ist der Beweis hiefür nach Lage der Akten als erbracht anzusehen. Der Kläger hat vortragen lassen, die Strecke Cerbère-Zürich betrage ca. 940 km. und die Lieferfrist hiefür nach den auf dem Frachtbrieftalon (Art. 15) enthaltenen Angaben 10 Tage; thatsächlich habe aber die streitige Sendung für diese Strecke 25 Tage gebraucht. Die Beklagte hat sich diesen Angaben gegenüber mit unsubstanziirten Bestreitungen begnügt, kann aber damit nicht gehört werden, da es zweifellos für sie durchaus nicht schwierig gewesen wäre, sich zuständigen Orts über diese Verhältnisse zu erkundigen, wenn sie nicht ohnehin schon im Besitze der bezüglichen Angaben war. Hiezu hat es ihr auch keineswegs an der genügenden Zeit gemangelt, da sie ja s. Z. ausdrücklich Fristerstreckung zur Einreichung der Klagbeantwortungsschrift verlangte, um die „notwendigen Erhebungen bei den französischen Bahnen machen zu können". Ist daher von der Richtigkeit der klägerischen Angaben auszugehen, so erscheint allerdings die Lieferfrist als bedeutend überschritten. Die Beklagte wendet nun allerdings ein, daß sie trotzdem für die Verschlechterung der Ware nicht hafte, weil die Verspätung von einem Ereignis her-

rühre, welches die Bahn weder herbeigeführt noch abzuwenden vermocht habe. Indessen hält dieser Einwand nicht Stich, weil in dem Einsturz des Tunnels bei Bellegarde eine genügende Rechtfertigung der Verspätung nicht gefunden werden kann. Denn wenn nämlich — was noch keineswegs feststeht — angenommen wird, daß die Ware infolge dieses Ereignisses ein Stück weit zurücktransportiert werden mußte und an einer dadurch herbeigeführten Verkehrsstauung teilnahm, so hätte doch auch in diesem Falle der Umweg über Pontarlier nicht mehr als einige Tage in Anspruch genommen; und ein Teil der eingetretenen ganz erheblichen Verspätung recht wohl vermieden werden können.

5. Weiter darf aber auch mit Sicherheit angenommen werden, daß die Sendung ohne die der Bahn zur Last fallende Verspätung nicht oder nicht erheblich gelitten hätte. Es steht fest, daß die Ware sich bei der Überschreitung der spanisch-französischen Grenze noch in sehr gutem Zustand befand (Art. 7), und ferner deutet die Thatsache, daß bei der Ankunft in Zürich erst ein Teil der Früchte in Fäulnis übergegangen war, daraufhin, daß dieser Prozeß in einer spätern Phase des Transportes begonnen haben muß und also bei rechtzeitiger Ablieferung oder nur geringer Verspätung voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten wäre.

6. Die Beklagte hat indessen demgegenüber noch geltend gemacht, die Sendung sei erst am 22. Januar auf schweizerisches Gebiet gekommen; eine eventuelle Transportverzögerung müsse also ausschließlich bei den französischen Bahnen stattgefunden haben, und da Art. 39 T.-G. im Unterschied von Art. 30 ein Eintreten der schweizerischen Bahnen für das Verschulden ausländischer nicht vorsehe, so könne sie für die Versäumnis jener Tansportanstalten nicht haftbar gemacht werden. Diese Ausführung bedarf in der That einer nähern Prüfung. Richtig ist daran zunächst soviel, daß Art. 39 die Frage der Haftbarkeit der schweizerischen Bahnen für mangelhafte Erfüllung des Frachtvertrages seitens ausländischer Vorbahnen nicht ausdrücklich erwähnt. In dem früheren Transportgesetz (vom 20. März 1875) war diese Eintretungspflicht in Art 36 sowohl für den Fall der „Beschädigung“ wie für denjenigen der „Versäumung der Lieferfrist“ einheitlich normiert. Nur der doppelte Nachweis:

a) daß der fragliche Fehler schon vor der Übernahme des Frachtgutes aus der Hand einer nicht unter dem schweizerischen Gesetze stehenden auswärtigen Bahnverwaltung vorgekommen und

b) daß ein Rückgriff ganz oder teilweise ausgeschlossen sei

sollte von jener Pflicht befreien. Im neuen Gesetz dagegen findet sich diese Bestimmung nur im Anschluß an die Regelung der Haftung wegen „Beschädigung“ des Frachtgutes (Art. 30). Aus dem Fehlen derselben bei den Bestimmungen betr. Schaden aus „Versäumung der Lieferfrist“ folgt jedoch noch keineswegs, daß man hier die Haftung der inländischen Bahnen für ein kontraktwidriges Verhalten der ausländischen überhaupt nicht mehr aufnehmen wollte. Vor allem fällt in dieser Richtung auf, daß bei Art. 30 nicht die Haftung der schweizerischen Bahnen für die Handlungen ausländischer als Ausnahme von der Regel statuiert wird, sondern im Gegenteil der unter gewissen Voraussetzungen eintretende Wegfall der Haftung, m. a. W. daß also jene stillschweigend als Regel vorausgesetzt wird. Weiter darf aber ohne Zweifel angenommen werden, die Revision des T.-G. habe, wo nicht ausdrücklich das Gegenteil statuiert wurde, nicht die Erschwerung sondern eher die Erleichterung des Verkehrs im Auge gehabt. Daß es aber eine ganz bedeutende Erschwerung desselben wäre, wenn das Publikum in allen Fällen des Schadenseintrittes infolge Lieferungsverzuges, statt sich wie bisher einfach an die das Gut abliefernde Bahn halten zu können, vielleicht auf eine fern abliegende greifen müßte, weil dort die Versäumnis thatsächlich stattgefunden hat, liegt auf der Hand. So bemerkt denn auch die Botschaft des Bundesrates zu Art. 1 des Revisions-Entwurfes (B. Bl. 1892 IV S. 644), der Geltungsbereich desselben solle sich nicht auf den internen Verkehr beschränken, sondern sich auch auf die Fälle ausdehnen, wo es sich um Transporte von und nach

solchen Eisenbahnstrecken im Auslande handle, die dem J. Ü. nicht unterworfen seien. Nun stellt aber das Gesetz in Art. 27 Abs. 3 ganz allgemein den Grundsatz auf, die Ansprüche aus dem Frachtvertrage können sowohl gegen die erste als gegen die letzte der an einem Transport beteiligten mehreren Bahnen gerichtet werden. Wenn dabei auch nicht speziell der ausländischen Bahnen Erwähnung gethan ist, so muß nach dem Gesagten doch angenommen werden, diese Bestimmung gelte auch für internationale Transporte, aus welchen eine schweizerische Bahn belangt wird. Fragen würde sich dann nur, ob die Ausnahme dieser Haftung, welche bei Art. 30 aufgestellt ist, auch in den Fällen von Art. 39 gelte. Indessen dürfte diese Frage richtigerweise zu verneinen sein, da sich bei Ausnahmebestimmungen eine analoge Anwendung nicht rechtfertigt. Übrigens hat die Beklagte keineswegs nachgewiesen, daß ihr Regreßrecht gegen die französischen Bahnen in concreto cessiere.

7. Die Beklagte hat schließlich dem klägerischen Anspruch die Einrede der Verjährung entgegengehalten. Diese vollzieht sich laut Art. 45 Abs. 1 T.-G., soweit es sich um Entschädigungsforderungen handelt in einem Jahr und beginnt, in den Fällen von Verspätung, mit dem Schluß der Lieferfrist zu laufen. Das letztere Datum steht nicht genau fest; immerhin ist sicher, daß die Ware vor dem 25. Januar 1900 hätte abgeliefert werden sollen, und da die Klage beim Friedensrichteramt erst am 1. Februar a. c. eingeleitet wurde, so war damals die Verjährungsfrist bereits abgelaufen, wenn nicht eine Unterbrechung derselben stattgefunden hätte. Nach Art. 45 Abs. 3 T.-G. wird eine solche bewirkt durch die Anstellung der Klage sowie durch Anbringung einer schriftlichen Reklamation sowohl des Absenders als des Empfängers „in der Meinung, daß so lange die Reklamation unerledigt bleibe, überhaupt kein Ablauf der Verjährung stattfinden könne." In concreto ist die Reklamation des Klägers vom 15. Januar 1900 von der Beklagten erst am 10. Februar definitiv beantwortet worden, so daß also mit diesem Datum die Verjährungsfrist neu zu laufen begann. Der Einwurf der Beklagten, daß der Empfänger der Ware, ehe dieselbe angekommen und von ihm bezogen wurde, wegen einer allfälligen Verspätung nicht reklamieren könne, findet im Gesetze keinen Anhaltspunkt. Die Reklamation des Klägers erscheint vielmehr als durchaus gültig und die Verjährungsfrist als durch sie unterbrochen. Hingegen könnte es sich fragen, ob schon die Einleitung der Klage beim Friedensrichter oder erst deren Anhängigmachung beim Gericht geeignet gewesen sei, eine abermalige Unterbrechung herbeizuführen. In letzterm Falle wäre die Klage, da die Weisung erst am 11. Mai a. c. hierorts eingegangen ist, zweifellos verspätet. Da indessen das Gesetz nicht näher sagt, was es unter „Anstellung der Klage" verstehe, so darf hier unbedenklich die Bestimmung von Art. 154 Ziff. 2 Obl.-R., wonach der Klage die Ladung zu einem amtlichen Sühnversuch gleichsteht, zur Interpretation herangezogen werden. In diesem Falle erfolgte aber die Anhebung der Klage rechtzeitig.

Von einer Verjährung der klägerischen Forderung, soweit sie nur die Herausgabe des Versteigerungserlöses bezweckt, kann natürlich überhaupt keine Rede sein, da das T.-G. für solche Ansprüche keine von den allgemein gültigen abweichenden Verjährungsfristen festsetzt

(Schirmeister c. Schweiz Nordostbahnges. 13. Juli 1901.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Liegenschaftenverkäufe von Ehefrauen.

Zum Abschluß eines Verkaufes von Liegenschaften bezw. zur Übernahme der Verpflichtung zur Zufertigung derselben bedarf eine Ehefrau nicht nur der Zustimmung ihres Ehemannes, sondern auch derjenigen eines außerordentlichen Vormundes. Ist aber diese Verpflichtung einmal begründet, so genügt für den Akt der Übertragung von

Eigentum, d. h. zur Fertigung, die Zustimmung des Ehemannes. (§ 598 und 599 P. G. B.) Jedenfalls findet § 598 keine Anwendung auf Verträge, durch die sich eine Ehefrau zur Übertragung des Eigentums an einer Sache verpflichtet, deren Eigentümerin sie selbst noch nicht ist.

Am 24. April 1901 kaufte die Beklagte, Frau Geier, als Gläubigerin des Julius Heusser in Wollishofen, im Konkurse desselben den Gasthof zum „Hirschen" daselbst zum Kaufpreise von 190,000 Fr. Nachdem dieser Kauf erfolgt war, aber vor der Fertigung, die erst am 15. Mai stattfand, knüpfte der Kläger Rohrer mit der Beklagten Kaufsunterhandlungen an, und am 9. Mai 1901 kam zwischen den Parteien ein Vertrag zu stande, wonach die Beklagte mit Zustimmung ihres Ehemannes dem Kläger den Hirschen zum Preise von 175,000 Fr. verkaufte. Auf Grund dieses Vertrages verlangt der Kläger die Erfüllung des Kaufes. Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage abgewiesen; die Appellationskammer bestätigte dieses Urteil.

Gründe:

1. Die erste Instanz hat die auf die Erfüllung des am 9. Mai 1901 abgeschlossenen Kaufvertrages gerichtete Klage des Käufers deshalb abgewiesen, weil die zur rechtsgültigen Eingehung einer persönlichen Verbindlichkeit der Beklagten erforderliche Form nicht beobachtet worden sei, und es ist dieser Auffassung beizutreten. Zwar ist es nicht richtig, wenn das Bezirksgericht davon ausgeht, daß der Verkäufer einer Sache an sich keine persönliche Schuld eingehe; denn daß die Verpflichtung, das Eigentum einer Sache auf einen Dritten zu übertragen, eine rein persönliche ist, die sich in gar nichts von jeder andern Obligation unterscheidet, sollte doch nicht zweifelhaft sein. Die Frage ist denn auch nicht die, ob die Beklagte mit dem Vertrage vom 9. Mai 1901 eine persönliche Verbindlichkeit kontrahiert habe, sondern ob nicht auf eine die Übertragung des Eigentums an einer Sache zum Gegenstande habende Verpflichtung einer Ehefrau § 598 P. G. B. Anwendung finde, mit andern Worten, ob nicht § 598 cit. eine Ausnahme von dem allgemeinen Satze des § 599, wonach für die Eingehung persönlicher Schulden einer Ehefrau nicht nur die Zustimmung des Ehemannes sondern auch diejenige eines außerordentlichen Vormundes notwendig ist, enthalte. Diese Frage ist bekanntlich streitig. Die Appellationskammer hat sie in einem Entscheide vom 23. Okt. 1894 (H. E. XIV, 10) verneint und erklärt, daß sich § 598 nur auf den Übertragungsakt selbst beziehe, wogegen das auf die Übertragung des Eigentums gerichtete obligatorische Rechtsgeschäft unter der allgemeinen Regel des § 599 stehe. Das Kassationsgericht dagegen hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, sondern den Standpunkt eingenommen, daß sich die Übertragung im Sinne des § 598 nicht nur auf das dingliche Rechtsgeschäft, sondern auf das ganze Veräußerungsgeschäft mit Inbegriff der causa traditionis (Kauf, Tausch, Schenkung, Darlehensversprechen u. s. w. H. E. XV, 90) beziehe. Die Appellationskammer muß aber auch jetzt noch an ihrer damals geäußerten Ansicht festhalten, ohne dieselbe nun nochmals einläßlich zu begründen. Gegenüber dem Argumente des Kassationsgerichtes, daß für die Veräußerungsgeschäfte schon deshalb die Zustimmung des Ehemannes genügen dürfte, weil sie nur so weit gehen, als Aktiven vorhanden seien, also niemals zur Insolvenz der Frau führen können, sei aber lediglich auf den immerhin möglichen Fall hingewiesen, daß eine Frau mit Zustimmung ihres Ehemannes ihre Liegenschaft zweimal verkaufe. Nach der Rechtsauffassung des Kassationsgerichtes wären beide Geschäfte gültig, erfüllen kann die Verkäuferin nur gegenüber dem einen Käufer, dem andern wird sie zum Ersatze des Erfüllungsinteresses verpflichtet, das den Betrag ihres Vermögens weit übersteigen kann.

2. Aber auch wenn man mit dem Kassationsgericht annehmen will, daß für das Veräußerungsgeschäft einer Ehefrau im allgemeinen die Zustimmung des Ehemannes genüge, wäre das Urteil der ersten Instanz gleichwohl zu bestätigen. Die Ausnahmsbestimmung des § 598 ist nach ihrem Wortlaute und gewiß auch nach ihrem Sinne zu beschränken auf solche Veräußerungsgeschäfte, durch die eine Ehefrau über eine

ihr bereits gehörende Sache verfügt; dagegen findet sie keine Anwendung auf einen Vertrag, durch den sich eine Ehefrau zur Übertragung des Eigentums an einer Sache verpflichtet, deren Eigentümerin sie selbst noch nicht ist, die sie vielmehr erst erwerben muß, um ihrer Verpflichtung aus dem Veräußerungsvertrage zu genügen. Der Grund dafür, auf einen solchen Fall den § 598 nicht anzuwenden, liegt allerdings nicht darin, daß die Ehefrau hier noch besondere Verpflichtungen übernommen hätte, die ihr sonst als Verkäuferin nicht obgelegen hätten, denn die Verpflichtung des Verkäufers besteht nicht darin, sich in die Lage zu versetzen, die Sache übertragen zu können, sondern in der Übertragung selbst. An dem Umfange dieser Verpflichtung ändert der Umstand, daß der Verkäufer selbst noch nicht Eigentümer der verkauften Sache ist, nicht das Geringste. Vielmehr ist § 598 nicht anzuwenden, weil er sich nur auf die Fälle bezieht, wo die Frau über die ihr wirklich zustehenden Rechte verfügt. Nur in einem solchen Falle ließe es sich auch gesetzgeberisch rechtfertigen, von den im übrigen für die Eingehung persönlicher Schulden aufgestellten Formvorschriften eine Ausnahme zu machen. Wenn aber eine Ehefrau Sachen verkauft, die sie nicht hat, weil sie darauf spekuliert, sie billiger zu erhalten, so besteht nicht der mindeste Grund, solche Rechtsgeschäfte hinsichtlich der erforderlichen Form anders zu behandeln, als die Eingehung irgend welcher andern persönlichen Schulden.

3. Es steht nun fest, daß die Beklagte im Momente, da sie den Vertrag mit dem Kläger abschloß, noch nicht Eigentümerin der verkauften Liegenschaft war, die ihr vielmehr erst am 15. Mai zugefertigt worden ist. Unerheblich ist, daß wie der Kläger in der Appellationsverhandlung vorbrachte, der Bezirksrat die Ratifikation des Gantkaufes für die Beklagte schon am Vormittag des 9. Mai, also vor dem Abschlusse des streitigen Vertrages, beschlossen habe. Denn es kommt nicht darauf an, wann die Beklagte das Recht auf die Eigentumsübertragung erlangt habe, sondern wann sie effektiv Eigentümerin geworden ist, da sie ja durch den Vertrag mit dem Kläger nicht einfach über die ihr aus dem Gantkaufe entstehenden Rechte verfügt hat. Sodann aber ist nicht der Bezirksrat der Stellvertreter der Beklagten, sondern der von ihm bezeichnete außerordentliche Vormund; maßgebend ist also nicht der Zeitpunkt, in welchem die Vormundschaftsbehörde nach Prüfung der Sache den Vormund bestellte, sondern der Zeitpunkt, in welchem dieser das Geschäft genehmigte.

4. Durch den nachträglichen Erwerb der Sache hätte der Mangel, an dem der Vertrag vom 9. Mai litt, nur dann geheilt werden können, wenn in jenem Zeitpunkte noch die übrigen notwendigen Elemente des Vertrages vorhanden gewesen wären. Das war aber nicht mehr der Fall. Vielmehr hat die Beklagte schon vorher, nämlich am 11. Mai, erklärt, daß sie den Vertrag nicht halten werde. Es trafen mithin in keinem Zeitpunkte die sämtlichen notwendigen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Vertrages zusammen.

Der Vertrag ist somit als nicht zu stande gekommen zu betrachten und demnach die Erfüllungsklage des Käufers abzuweisen.

(19. Oktober 1901, Rohrer c. Geier, U.)

II. Zubehörden.

Geltendmachung eines Grundpfandrechtes an als Zubehörden verschriebenen, dem Pfandbesteller unter Eigentumsvorbehalt verkauften Maschinen. Ungültigkeit der Verpfändung ohne Zustimmung des Eigentümers.

Die für das Immobiliarpfandrecht geltenden kantonalen Rechtsgrundsätze sind auf die hypothekarische Verpfändung der Zubehörden analog anzuwenden. § 338 Priv. G. B.

Im Konkurse der Firma G. & Co. haben die Rekurrenten ein Grundpfandrecht an verschiedenen als Zubehörden in ihren Schuldbriefen mitverschriebenen Holzbearbeitungsmaschinen geltend gemacht. Die Rekursgegnerin, welche diese Maschinen der in Konkurs geratenen Firma im Januar 1898 unter Eigentumsvorbehalt verkauft hatte,

meldete im Konkurse sowohl ihre Kaufrestforderung als auch ihr Eigentumsrecht an. Die Konkursverwaltung anerkannte den Eigentumsanspruch der Rekursgegnerin und setzte dieser gemäß § 248 der oberg. Anweisung zum Betreib.- u Konk.-G. Frist an, um gegen die Rekurrenten Klage auf Aberkennung des Grundpfandrechtes einzuleiten. Eine von Kirchner & Co. gegen diese Fristansetzung erhobene Beschwerde ist von der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde unterm 30. Oktober vorg. Js. abgewiesen worden; ein Weiterzug hat nicht stattgefunden.

Der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich im beschleunigten Verfahren hat sodann das von den Rekurrenten geltend gemachte Grundpfandrecht an den von der Rekursgegnerin zu Eigentum beanspruchten Maschinen für rechtlich unbegründet erklärt. Hiegegen haben die Beklagten rekurriert, indem sie beantragen, es sei das streitige Grundpfandrecht zu schützen. Die Klägerin beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Der Rekurs muß entsprechend dem Antrage der Klägerin abgewiesen werden.

Gründe:

1. Zunächst ist festzustellen, daß die Rekurrenten den erstinstanzlich eingenommenen Standpunkt, nach welchem die Klägerin auf ihren Eigentumsvorbehalt verzichtet hätte, aufgegeben haben, indem sie das Erkenntnis des Vorderrichters nur hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Frage anfechten, ob das Grundpfandrecht trotz des Eigentumsvorbehaltes der Klägerin zu Recht bestehe.

2. Ob der Eigentumsvorbehalt die Wirkung gehabt habe, daß den streitigen Maschinen die Eigenschaft als Zubehörde zu der Liegenschaft der Firma G. & Co. gar nie zugekommen sei, braucht im vorliegenden Falle ebensowenig entschieden zu werden wie die Frage, ob es sich eventuell um gesetzliche oder vertragliche Zubehörde handeln würde. Es ist nämlich einzig zu prüfen, ob G. & Co. welche nicht Eigentümer der von den Pfandansprechern als Zubehörde behandelten Maschinen waren, die letztern ohne Zustimmung von Kirchner & Co. rechtsgültig haben verpfänden können.

3. Diese Frage ist unbedingt zu verneinen. Daß nur der Eigentümer oder ein Dritter, welcher mit dessen Zustimmung handelt, eine Sache gültig verpfänden kann, ist an sich nichts als die logische Konsequenz aus dem Eigentumsbegriffe, nach welchem der Eigentümer die ausschließliche Verfügungsmacht über seine Sache besitzt. Nun ist allerdings auf Grund deutschrechtlicher Auffassungen diese Konsequenz von den modernen Gesetzgebungen durchbrochen worden, allein nur insoweit „das Interesse des Verkehrs an dem freien und sichern Umlauf der Güter“ die Durchbrechung erheischte, d. h. nur für den mit (freiwilligem) Besitzeswechsel (Handänderung) verbundenen Mobiliarverkehr (vgl. Goldschmidt, über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer etc., Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8, S. 225 ff. Beseler, System des deutschen Privatrechtes, 4. Aufl. I. Band., § 85, S. 335 f.). Der Satz des französ. Rechtes „En fait de meubles la possession vaut titre“ (Code civ. Art. 2279 § 1) u. das deutsche Rechtsprichwort „Hand wahre Hand“ zeigen klar, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbers sich nur auf den mit freiwilliger körperlicher Besitzesübergabe verbundenen Erwerb bezog, und zwar gleichgültig, ob es sich um das Eigentums- oder das Pfandrecht handelte (vgl. bezügl. des Pfandrechtserwerbes: Sachsenspiegel II, 60 § 1). Nur in diesem Umfange hat das eidgenöss. Obligationenrecht den gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer geschützt (Art. 205 u. 213). Nur der durch körperliche Übergabe vermittelte Eigentums- und Pfandrechtserwerb soll diesen weitgehenden Schutz geniessen. Die Streitfrage, ob zum Eigentums-Erwerb vom Nichteigentümer auch das constitutum possessorium genüge (vgl. Hafner, Komm., Note 2a zu Art. 205), berührt natürlich den Pfandrechtserwerb in keiner Weise. Das eidgenössische Obligationenrecht kennt nur das Mobiliar-Faustpfand, nicht auch die ohne Besitzesübergabe sich vollziehende Mobiliar-Hypothek und deshalb geht es nicht an, den durchaus nur für den mit körperlicher Übergabe verbundenen Pfandrechtserwerb bestimmten Schutz analog

bezw. als subsidiäres kantonales Recht auf die nach ganz andern Gesichtspunkten zu beurteilende Mobiliarhypothek anzuwenden, wie es die Mehrheit des Kassationsgerichtes in dem Entscheide vom 7. Juni 1900 i. S. Zeller gegen Kirchner & Co. (Handelsrechtl. Entsch. Bd. XIX S. 250 f.) gethan hat.

4. Mit der Minderheit des Kassationsgerichtes (Handelsrechtl. Entsch. Bd. 19 S. 252 f Erw. 4 u. 5) muß vielmehr gesagt werden, daß die für das Immobiliarpfandrecht geltenden kantonalen Rechtsgrundsätze auf die hypothekarische Verpfändung der Zubehörden analog anzuwenden sind. Das Obligationenrecht hat ja in Art. 211 für diese Art der Verpfändung das kantonale Recht ausdrücklich vorbehalten und wenn nun nach § 56 Pr. G.-B. alle Zubehörden als solche nur „auf dem Wege des Immobiliarpfandrechtes“ und „nur in Verbindung mit der Hauptsache“ verpfändet werden können, so liegt es doch wohl auf der Hand, daß nicht die für das gewöhnliche Mobiliarpfand geltenden Normen, sondern eben die Grundsätze, welche das kantonale Immobiliarsachenrecht beherrschen, sowohl für die Form, als auch für die Entstehung und die Wirkungen der hypothekarischen Verpfändung maßgebend sind. Die analoge Anwendung des § 338 Pr. G.-B. auf die Verpfändung der Zubehörde ist daher durchaus aufrecht zu halten. Übrigens ergiebt sich die Unmöglichkeit der Anwendung des Grundsatzes der Art. 205 und 213 Obl.-R. auf die Mobiliarhypothek schon aus dem in Erwäg. 3 Gesagten, so daß die Begründung des Entscheides nicht notwendig auf § 338 Pr. G.-B. gestützt werden muß. Für die Verpfändung der Zubehörde gilt, weil ein Besitzeswechsel nicht stattfindet, der aus dem Eigentumsbegriffe folgende Satz, daß nur der Eigentümer eine Sache gültig verpfänden kann, unbeschränkt. So haben sich denn auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller übereinstimmend dahin ausgesprochen, daß die Rechte des Eigentümers dadurch, daß die Sache Zubehörde einer fremden Hauptsache werde, nicht beeinflußt werden (die Frage, ob eine fremde Sache überhaupt Zubehörde sein könne, war gemeinrechtlich bestritten, vgl. Dernburg, das bürgerl. Recht, Bd. 3, 2. Aufl., § 6 Ziff. 1 litt. f, S. 25, Pandekten Bd. 1, § 273 Ziff. 2, Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 77). Vgl. Regelsberger, Bd. 1 § 102, S. 387; Ungar. System des österr. allg. Privatrechtes Bd. 1, § 55, S. 445 Note 29. Daß der kantonale Gesetzgeber in § 403 Abs. 2 Pr. G.-B. für die Viehverpfändung den Grundsatz des Art. 213 Obl.-R. eingeführt hat, bedeutet eine Singularität, welche keine ausdehnende Anwendung auf die Verpfändung der Zubehörde erlaubt.

5. Das geltend gemachte Pfandrecht kann auch nicht auf die Bestimmung des § 54 Pr. G.-B. gestützt werden, nach welcher die gesetzliche Zubehörde „von selbst und ohne besondere Vertragsbestimmung“ als mit der Hauptsache verpfändet gilt. Diese Bestimmung enthält, wie sich aus § 54 Abs. 3 klar ergiebt, nicht zwingendes, sondern nur dispositives Recht (vgl. Regelsberger, Pand. S. 388) und hat im vorliegenden Falle deswegen keinerlei Bedeutung, weil sie die Rechtsstellung des dritten Eigentümers der Zubehörde in keiner Weise berührt. Vgl. Erw. 3 der kassationsgerichtl. Minderheitsbegründung. Nähme man an, daß nach zürch. Rechte (trotz § 51) auch eine fremde Sache Zubehörde werden könnte, so würden doch durch die eigenmächtigen Verfügungen des Eigentümers der Hauptsache die Rechte des Eigentümers der Zubehörde nicht geschmälert werden können (Regelsberger, Pand., S. 387 unten); die Zubehörde wird als solche nicht zum Bestandteil der Hauptsache, sondern bleibt ein selbständiger Rechtsgegenstand (Regelsberger, S. 387; vgl. auch § 94 der obergerichtl. Anweisung zum eidg. Betr.- u. Konk.-Ges.).

6. Endlich ist darauf zu verweisen, daß die dem gegenwärtigen Entscheide zu Grunde gelegte Auffassung in Übereinstimmung mit sozusagen der ganzen frühern Gesetzgebung Deutschlands und Österreichs steht. Vgl. Motive zu I. deutschen Entwurfe, Bd. 3 zu § 1067, S. 656. Unger, a. a. O. Der deutsche Gesetzgeber, welcher die gleiche Auffassung in § 1120 D. B. G. B. codifizierte, hat damit also nur das in Deutschland vorher allgemein geltende Recht adoptiert und deshalb ist es nicht zulässig, mit der Mehrheit des Kassationsgerichtes anzunehmen, daß

beim Mangel einer ausdrücklichen und speziellen gesetzlichen Vorschrift das Gegenteil Recht sei. Daß gerade im Kanton Zürich etwas anderes gelten soll, als was sonst beinahe überall Recht ist und was von der Wissenschaft übereinstimmend gelehrt wird, ist schwer einzusehen.

(23. Februar 1901 i. S. Schweiz. Volksbank u. Gen. c. Kirchner & Co. — B.)

III. Wechsel.

Der an eigene Ordre ausgestellte Eigenwechsel ist ungültig. (Art. 722 Ziff. 3 u. Art. 825 Ziff. 3 Obl.-R.)

Am 16. März 1901 wurde der Beklagten, der Bank in B. von A. Müller folgender Wechsel abgetreten:

Zürich, den 15. März 1901.

„Drei Monate a dato zahle ich gegen diesen Primawechsel an die Ordre des A. Müller in Berlin die Summe von Fr. 4500.

Den Wert erhalten und stellen solchen auf Rechnung lt. Bericht.

Herrn Johannes Meier, Kaufmann in Zürich. A. Müller."

Johannes Meier.

In verschiedenen Terminen zahlte die Beklagte dem Müller den Betrag des Wechsels aus und belangte sodann den Johannes Meier auf Bezahlung der Wechselsumme. Derselbe weigerte sich jedoch, der Zahlungsaufforderung nachzukommen.

Auf erfolgten Rechtsanschlag hin erteilte der Audienzrichter provisorische Rechtsöffnung, worauf Meier die Aberkennungsklage stellte.

Das Bezirksgericht wies die Klage ab; die Appellationskammer hieß die Klage, die in appellatorio nur noch zu einem Dritteil aufrecht gehalten worden war, in diesem Umfange gut.

Gründe:

1. Der vom Appellanten heute erstmals vorgebrachte Standpunkt, daß die streitige Urkunde keine gültige Wechselverpflichtung des Klägers enthalte und daß deshalb die Aberkennungsklage, soweit sie nicht bereits zurückgezogen worden, gutzuheißen sei, ist prozeßrechtlich zu hören, da er nicht thatsächlicher, sondern rein rechtlicher Natur ist. Was die örtliche Rechtsanwendung betrifft, so ist die Frage der Gültigkeit der streitigen Wechselerklärung gemäß Art. 823 Obl.-R. nach dem Gesetze des Ortes, an welchem die Erklärung erfolgt ist, zu beurteilen. Dies ist hier der Ausstellungsort, also Zürich. Infolgedessen kommt nicht, wie die Appellatin heute behauptete, das deutschet sondern (das mit diesem übrigens in der, vorliegenden Frage materiell übereinstimmende) schweizerische Wechselrecht in Betracht.

2. Die streitige Urkunde ist ihrem wesentlichen Kontexte nach ein von Anton Müller an dessen eigene Ordre ausgestellter Eigenwechsel. Der Umstand, daß der Name des Klägers Meier an der Stelle figuriert, wo bei der Tratte regelmäßig der Name des Trassaten hingesetzt wird, und daß Meier seine Unterschrift nach Art eines Acceptes auf der linken Seite querüber angebracht hat, vermag die Urkunde nicht zu einer gültigen Tratte zu machen. Die eben bezeichneten Momente stehen eben im Widerspruche zu dem Kontexte der Urkunde, der keinen Zahlungsantrag, sondern ein Zahlungsversprechen enthält. Schon dieser Widerspruch allein wäre geeignet, den Wechsel ungültig zu machen, denn als formaler Skripturakt muß die Wechselerklärung klar und unzweideutig ausgedrückt werden, insbesondere muß aus ihr deutlich hervorgehen, ob ein gezogener oder ein eigener Wechsel vorliege. (Vgl. Staub, Komm. z. deutschen Wechselordnung, 2. Aufl. § 52 zu Art. 4.)

3. Indessen könnte es sich fragen, ob nicht die auf der Vorderseite in der angegebenen Weise hingesetzte Unterschrift des Klägers als Bestandteil eines von Müller ausgestellten Eigenwechsels gleichwohl eine wechselrechtliche Verpflichtung Meiers begründet habe. Läge nämlich ein gültiger Eigenwechsel vor, so könnte trotz des angeführten Widerspruchs die Unterschrift Meiers allenfalls als Wechselbürgschaft gedeutet werden. Nach Art. 808 Abs. 3 und 827 Ziff. 11 Obl.-R. hätte die Beklagte bei dieser Annahme den Kläger in der That vor

den andern Wechselverpflichteten belangen können. Allein die streitige Urkunde kann nicht als gültiger Eigenwechsel des Müller betrachtet werden. So wenig wie das deutsche, anerkennt das schweizerische Recht den an eigene Ordre ausgestellten Eigenwechsel. Letztere Form hat das Gesetz dadurch als unzulässig behandelt, daß es in Art. 827 die Bestimmung des Art. 724 Abs. 1 nicht als für den eigenen Wechsel anwendbar erklärt hat (B. E. Bd. 13 Nr. 38), ferner Schneiders Komm. Art. 825, Note 3, 11 u. 1 ; Grünhut Wechselrecht, I. Band S. 427; Staub, Komm. zur d. W. O. § 6 zu Art 96. Ist aber der Wechsel als Eigenwechsel ungültig, dann konnte nach Art. 725 und 827 Ziff. 2 Obl.-R. die Unterschrift Meiers keine wechselrechtliche Verbindlichkeit des letztern erzeugen, da die Bezeichnung eines vom Aussteller verschiedenen Remittenten ein wesentliches Erfordernis des Eigenwechsels ist.

4. Bei dem formalen Skriptur-Charakter des Wechsels kann darauf, was die Parteien haben erklären wollen, nichts ankommen, vielmehr ist allein die schriftliche Wechsel-Erklärung maßgebend. Glaubte der Kläger irrtümlicherweise an die formale Gültigkeit des Wechsels, so ist dies unerheblich, da der Richter die Gültigkeit des Wechsels von Amtes wegen zu prüfen hat und eine Klage aus einer formell ungültigen Wechselurkunde nicht schützen kann. Wenn also auch angenommen werden müßte, daß der Kläger sich als Aussteller des Eigenwechsels habe verpflichten wollen, so käme darauf deshalb nichts an, weil dieser Wille nicht in einer vom Gesetze als gültig anerkannten Form zum Ausdruck gelangt ist. Fürs erste ist nämlich wiederholt zu betonen, daß nach dem Wortlaute des Kontextes Anton Müller und niemand anders als Aussteller figuriert. Sodann aber könnte auch in dem Falle, als man mit der Appellatin die Unterschrift des Müller als ungültig betrachten wollte, die Unterschrift des Meier nicht als diejenige des Ausstellers gelten. Die Wechselerklärung des Ausstellers besteht in der Herstellung einer vollständigen Wechselurkunde und ihre Unterzeichnung ist nur an der Stelle möglich, wo sie selber endigt. Damit ist für die Unterzeichnung eine bestimmte Stelle gegeben und jede andere Stelle, insbesondere etwa über der Urkunde oder auf deren Rückseite, oder quer darüber, oder zur Seite ist notwendig ausgeschlossen. Derartige anderweitige Namenszeichnungen gelten nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht als Unterschriften, durch welche die Urkunde als Willenserklärnng des Unterschreibenden bestätigt werden soll. (Vgl. Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes vom 12. April 1893 (Entsch. Bd. 9 S. 423) und die dort citierten Erkenntnisse und Schriftsteller, ferner Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts § 100; Grünhut Wechselrecht Bd. I Seite 334; Schneiders Komm. zu Art. 722 Note 17.)

5. Da aus der streitigen Urkunde eine wechselmäßige Verbindlichkeit des Klägers nicht abgeleitet werden kann, so ist die Aberkennungsklage in demjenigen Umfange zu schützen, in welchem sie nicht zurückgezogen wurde, d. h. also mit Bezug auf einen Dritteil der in der Streitfrage aufgeführten Ansprüche.

(5. November 1901; — U.)

IV. Besetzung der Gerichte.

Besetzung der Bezirksgerichte bei den Verhandlungen und bei Ausfällung inappellabler Urteile. §§ 26 Al. 2 und 292 G. b. Rpfl. und §§ 88 und 100 Einführungsgesetz z. Sch.- u. K.-G. Die Besetzung mit fünf Richtern ist nicht nur bei der Urteilsausfällung, sondern auch bei der Hauptverhandlung erforderlich.

1. In einem von der Gemeinde Thalweil über einen Teil des Gemeindegebietes eingeleiteten Quartierplanverfahren entstand zwischen den Parteien Streit über den Preis des von den Beklagten abzutretenden Landes. Das Bezirksgericht Horgen verpflichtete die letztern, dem Kläger 70,8 m^2 Land zum Preise von Fr. 12. 50 Cts. per m^2 abzutreten.

2. Gegen diesen Entscheid erhebt der Kläger Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 704 Ziff. 3 der Rpfl. und beantragt, das

bezirksgerichtliche Urteil aufzuheben, die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen und dieselbe anzuhalten, eine neue Verhandlung anzuordnen und ein neues Urteil auszufällen.

3. Aus dem Verhandlungsprotokoll und dem Urteil der Vorinstanz ergiebt sich, daß bei der Hauptverhandlung und der unmittelbar darauf folgenden Urteilsfällung bloß vier Mitglieder des Gerichtes mitgewirkt haben. Das Urteil leidet daher gemäß § 704 Ziff. 3 d. Rpfl. und § 88 des Einf.-Ges. z. Sch- u. K.-G. an dem Nichtigkeitsgrund der ungehörigen Besetzung des Gerichtes, sofern dasselbe inappellabel war, d. h., wenn der Streitwert weniger als 500 Fr. betrug. Daß das Bezirksgericht dies übersehen und das Urteil für appellabel erklärt hat, kann hieran natürlich nichts ändern. — In Expropriationsprozessen bemißt sich der Streitwert nach der Differenz zwischen dem vom Expropriaten geforderten und vom Exproprianten anerbotenen Entschädigungsbetrag. (Vgl. Sträuli Komm. z. § 225 d. Rpfl. Nr. 3.) Im vorliegenden Fall haben die Beklagten vor erster Instanz für 70,8 m^2 abzutretenden Landes eine Entschädigung von Fr. 15 pr. m^2 gefordert, während der Kläger die Herabsetzung derselben auf Fr. 8 per m^2 verlangte. Die streitige Differenz betrug daher $7 \times 70{,}8 =$ Fr. 495. 60 Cts., mithin weniger als die zur Appellabilität erforderliche Summe von Fr. 500.

4. Mit der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung ist gemäß § 712 d. Rpfl. auch das derselben vorangegangene Verfahren zu kassieren, soweit es an Nichtigkeit leidet. Auch in dieser Beziehung ist dem Antrage des Nichtigkeitsklägers Folge zu geben, daß nicht nur die Ausfällung des Urteils sondern auch die Hauptverhandlung vor dem gehörig besetzten Gerichte stattzufinden habe, bezw. zu wiederholen sei. Der unser Prozeßverfahren beherrschende Grundsatz der Mündlichkeit läßt es als geboten erscheinen, daß überall da — wo nicht das Gesetz eine Ausnahme hievon macht oder eine solche durch den Zwang der Umstände (Todesfall, Wechsel im Richterpersonal, absolute Verhinderung eines Richters) bedingt wird — das Gericht auf Grund der unmittelbaren Parteivorbringen sein Urteil ausfälle. Das über die Hauptverhandlung geführte Protokoll bietet hiefür nur einen unzureichenden Ersatz. Es muß deshalb — allerdings entgegen der in einem frühern Entscheide (R.-Ber. 1893 Nr. 160) ausgesprochenen Ansicht der Appellationskammer — als im Sinne des Gesetzes liegend angenommen werden, daß auch in der Hauptverhandlung das Gericht in inappellablen Prozessen mit fünf Mitgliedern besetzt sein müsse, und daß es nicht angängig ist, die vom Gesetze geforderte Besetzung erst bei der Urteilsfällung nachzuholen.
(20. Sept. 1901, Leuthold c. Huber — B.)

Obergericht des Kts. Zürich.

I. Pfandverwertung.

Im Falle eines Rechtsvorschlages übt die Dauer des gerichtlichen Verfahrens auf die Berechnung der sechsmonatlichen Frist des Art. 154 des B.-G. betr. Sch. und K. keinen Einfluß aus.

Der Rekurrent betrieb den Rekursgegner auf Gundpfandverwertung und verlangte am 6. August 1901 die Verwertung des Unterpfandes. Das Betreibungsamt weigerte sich jedoch, dem Begehren zu entsprechen, da die Frist von sechs Monaten, welche Art. 154 B.-G. betr. Sch. und K. vorsieht, deshalb als noch nicht abgelaufen zu betrachten sei, weil ein Rechtsöffnungsverfahren stattgefunden habe und die Dauer derselben nicht in Berechnung fallen dürfe.

Auf erfolgte Beschwerde des Rekurrenten, der sich auf den Standpunkt stellte, diese letztere Vorschrift des Art. 154 beziehe sich nur auf den Ablauf der zweijährigen Frist, entschied das Bezirksgericht als Aufsichtsbehörde im Sinne des Betreibungsamtes, währenddem eine Minderheit des Gerichtes die Beschwerde mit der Begründung gutheißen wollte, die Ausnahmebestimmung des Art. 154 bezüglich der Fristenberechnung treffe nur zu, wenn gerichtliche Klagen zum

Entscheide gekommen seien, nicht aber beim Rechtsöffnungsverfahren.

Der Rekurs wurde als begründet erklärt und das Betreibungsamt angewiesen, dem Verwertungsbegehren des Gläubigers unverzüglich Folge zu leisten.

Gründe:

1. Die Frage, ob im Falle eines Rechtsvorschlages die Dauer des gerichtlichen Verfahrens auf die Berechnung der sechsmonatlichen Frist des Art. 154 einen Einfluß ausübe, ist zu verneinen.

Die dem Art. 154 vom Betreibungsamte gegebene gegenteilige Interpretation erscheint zwar, wenn nur der Wortlaut dieses Artikels ins Auge gefaßt wird, als die näher liegende, da der zweite Satz desselben ohne auf eine der mehreren im ersten Satz aufgestellten Fristen Bezug zu nehmen, unmittelbar an diesen anschließt. Allein der Art. 154 ist im Zusammenhang mit den die nämliche Bestimmung enthaltenden Art. 88, 166 und 188 zu betrachten und bei diesen drei Artikeln bezieht sich nach ihrem Wortlaute die fragliche Bestimmung offenbar nur auf das Ende der Frist, während welcher das Fortsetzungsbegehren gestellt werden kann. Art. 88 stellt z. B. im ersten Absatz ohne Ausnahme den Satz auf, daß der Gläubiger nach 20 Tagen das Pfändungsbegehren zu stellen berechtigt sei. Der zweite Absatz spricht sodann von der Dauer dieser Berechtigung und unmittelbar hieran schließt sich die Ausnahme-Bestimmung an. Ebenso verhält es sich mit dem Art. 166 und 188. Wenn nun in Art. 154 der Kürze halber von Beginn und Ende der Frist in einem Satze die Rede ist, so wollte sicherlich der Gesetzgeber für die Betreibung auf Pfandverwertung nicht ein anderes Prinzip aufstellen als in den analogen Fällen bei der Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs oder bei der Wechselbetreibung. Für die Ausdehnung der sechsmonatlichen Frist lägen auch genügende innere Gründe nicht vor. Die Berücksichtigung eines die Betreibung unterbrechenden gerichtlichen Verfahrens erfolgt im Interresse des Gläubigers, damit ihm nicht eine fatale Frist in Folge dieses, vom Schuldner veranlaßten Verfahrens ablaufe. Den Beginn der zu Gunsten des Debitors vom Gesetze angesetzten Fristen für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens in Folge eines gerichtlichen Verfahrens hinauszuschieben lag keine Veranlassung vor; denn der Schuldner ist durch das Fortsetzungsbegehren des Gläubigers von dessen Wollen, die Betreibung weiter zu führen, avisiert und muß die Zahlung — will er die Fortsetzung der Betreibung hindern — bis zum Ablauf der gesetzlichen Frist bezw. des gerichtlichen Verfahrens, falls dieses länger dauert, bereit halten.

Daß die hier vertretene Ansicht die richtige ist, geht auch aus den Entwürfen zum Sch.- und K.-G. hervor, in denen gesagt ist: „Nach Ablauf von 20 Tagen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls oder im Falle eines Rechtsvorschlages nach endgültiger Beseitigung desselben kann etc." Weshalb der zweite Teil des Satzes später weggelassen wurde, ist nicht ersichtlich, und es darf daher angenommen werden, es sei nicht eine Änderung des Sinnes beabsichtigt worden, sondern man habe ihn als selbstverständlich betrachtet. (Vgl. Reichel, Komm. Art. 88 Nr. 5).

Ebenso steht auf diesem Standpunkte des § 67 Abs. 4 der Verordnung zum Sch.- und K.-G. vom 16. Januar 1894.

2. Da nach diesen Ausführungen das Betreibungsamt dem am 6. August vom Gläubiger gestellten Verwertungsbegehren — weil 6 Monate seit der Zustellung des Zahlungsbefehles verflossen waren — hätte entsprechen sollen, so braucht auf die weitere Frage, ob unter der „Erledigung der Klage" in Art. 154 nur die Durchführung eines Prozesses oder auch die Beendigung eines Rechtsöffnungsverfahrens zu verstehen sei, nicht eingetreten zu werden. (Vgl. hierüber Jäger zu Art. 88 A. 10, Reichel zu Art. 88 A. 5, Anweis. vom 16. Jan. 1894 § 64).

(19. Okt. 1901 i. S. Goßweiler c. Gujer.)

II. Arrest.

Art. 271 u. 281 Sch.- u. K.-G. Statthaftigkeit des Arrestes für den ungedeckten Teil

einer grundpfandversicherten Forderung. Zur Teilnahme an einer Pfändung des Arrestobjektes durch einen Dritten genügt die frühere erfolglose Pfandbestreitung des Arrestnehmers.

Unterm 20. Oktober 1900 hat die Bank in Wädensweil für eine grundpfandversicherte Forderung von 15,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 1899 und Kosten, für welche sie bereits beim Betreibungsamt Zürich III Betreibung auf Pfandverwertung angehoben hatte, Arrest ausgewirkt, gestützt auf Art. 271 Ziff. 1 und 2 des Sch.- u. K.-G. Als Arrestobjekt wurde beim Vollzug des Arrestes am 23. Oktober 1900 durch das Betreibungsamt Zürich III in die Arresturkunde nebst drei beweglichen Gegenständen aufgenommen: Die Liegenschaft Nr. 19 an der Kanonengasse Zürich III, d. h. das Pfandobjekt selber, „mit Mietzinsen". Die Verwertung des Unterpfandes ergab laut Pfandausfallscheine vom 8. März 1901 einen Totalverlust von Fr. 6364. 70 Cts.

Mittlerweile hatte am 7. Dezember 1900 auf Betreibung der Thurg. Hypothekenbank in Frauenfeld für eine Forderung von Fr. 815. 50 Cts. eine Pfändung der nämlichen Liegenschaft mit Mietzinsen durch das Betreibungsamt Affoltern b/Z. stattgefunden, und es hat alsdann auf Begehren der Bank in Wädensweil das Betreibungsamt Affoltern gestützt auf Art. 281 Sch.- u. K.-G. diese Gläubigerin an jener Pfändung teilnehmen lassen.

Hierüber hat sich die Thurg. Hypothekenbank beim Bezirksgericht Dielsdorf als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde beschwert mit dem Antrag, es sei jene Verfügung des Betreibungsamtes aufzuheben, weil der Arrest der Bank in Wädensweil infolge Nichtanhebung der Betreibung dahingefallen sei. Die früher erfolgte Betreibung auf Pfandverwertung könne nicht als solche betrachtet werden, sondern es wäre notwendig gewesen, gemäß Art. 280 Sch.- u. K.-G. Betreibung auf Pfändung anzuheben.

Das Bezirksgericht Dielsdorf hielt die von der Bank in Wädensweil angehobene Betreibung auf Pfandverwertung für genügend, schützte die Verfügung des Betreibungsamtes Affoltern unter Abweisung der Beschwerde, und im nämlichen Sinn entschied das Obergericht als zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde.

Gründe:

Fraglich kann sein, ob nicht nach Art. 271 Sch.- u. K.-G. jede grundpfandversicherte Forderung von der Arrestauswirkung ausgeschlossen sei. Indessen ist diese Frage wohl in Übereinstimmung mit Reichels Kommentar zu Art. 271 Note 4 zu verneinen. Wenn es im cit. Art. heißt, daß ein Gläubiger für eine verfallene Forderung, soweit dieselbe nicht durch ein Pfand gedeckt sei, einen Arrest auswirken dürfe, so will das doch wohl heißen, daß soweit die Forderung durch das Pfand nicht gedeckt sei, ein Arrest für den ungedeckten Betrag zulässig sei.

Ist aber diese Argumentation richtig, dann muß die von der Bank in Wädensweil vor dem Arrest anhängig gemachte Betreibung auf Pfandverwertung als genügend betrachtet werden zur Aufrechterhaltung desselben; denn wie die Vorinstanz richtig ausführt, war die Bank gar nicht in der Lage neben jener Betreibung noch eine solche auf Pfändung einzuleiten, weil ihr eine laufende Forderung noch nicht zustand. Anderseits konnte man aber gewiß der Gläubigerin nicht zumuten, für die ganze Forderung oder einen Teil derselben auf das Pfandrecht zu verzichten, um eine laufende Forderung zu erhalten; denn wenn damals auch feststehen mochte, daß durch den Verwertungserlös die Forderung nicht ganz gedeckt werden könne, so ließ sich doch das Verwertungsergebnis noch nicht bestimmt voraussehen und ließ sich daher nicht voraussagen, wie weit die Forderung zu Verlust kommen werde. Es blieb also nichts anderes übrig, als das Ergebnis der Verwertung abzuwarten und dann gestützt auf den Pfandausfallschein sofort Pfändung zu verlangen.

(29. Aug. 1901. Thurgauische Hypothekenbank.)

III. Lohnpfändung.

Das sog. „Existenzminimum“ (Art. 93 Sch.- u. K.-G.) ist auch gegenüber Mietzinsforderungen u. drgl. zu schützen.

Motive: Dem Satze, daß bei Forderungen für Mietzinse, Lebensmittel und drgl. die Praxis zu Gunsten der Gläubiger ein Privilegium geschaffen habe in dem Sinne, daß selbst ein unter der Grenze des Existenzminimums liegender Lohn mit der Pfändung angegriffen werden dürfe, ist entgegenzuhalten, daß der Schuldner immerhin des durch Art. 93 Sch.- u. K.-G. gewährten Schutzes nicht verlustig gehen darf.

Allerdings wurde wiederholt entschieden, daß unter Umständen das Existenzminimum angegriffen werden dürfe. Wo aber der Lohn eines Schuldners so gering ist, daß er nach den Erfahrungen des täglichen Lebens zur Bestreitung der notwendigsten Bedürfnisse einer aus vier Köpfen bestehenden Familie kaum ausreicht (der Rekurrent hat täglich, den Sonntag inbegriffen, nur Fr. 3. 43 Cts. zur Verfügung,) muß eine Pfändung irgend einer Lohnquote als unzulässig erklärt werden. Eine Schmälerung des Einkommens würde es dem Schuldner unmöglich machen, seine Familie selbständig durchzubringen, er würde notgedrungen auf die Unterstützung seitens Dritter angewiesen; eine solche Praxis widerspräche unzweifelhaft der Intention des Gesetzes.

(29. Aug. 1901. Kömeter.)

VI. Ergänzungspfändung

findet in der Regel nur auf Begehren des Gläubigers, nicht von Amtes wegen, statt.

Das Obergericht erklärte anläßlich eines Rekurses:

Das Betreibungsamt Zürich III hat korrekt, gemäß den Bestimmungen der §§ 223 und 228 der obergerichtlichen Anweisung zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gehandelt, und es sieht sich die diesseitige Instanz nicht veranlaßt, jene Bestimmungen, die seit Erlaß der obergerichtlichen Anweisung im Kanton Zürich überall anerkannt und gehandhabt werden, als ungesetzlich oder unzweckmäßig zu erklären. Für die Richtigkeit der Anschauung, daß auch ein Nachpfändungsbegehren nur innerhalb der Frist des Art. 88 Abs. 2 Sch.- u. K.-G. gestellt werden kann, und daß der Betreibungsbeamte nach vollzogener ungenügender Pfändung weder verpflichtet noch berechtigt ist, von Amtes wegen Nachpfändungen zu vollziehen (ausgenommen im Falle des Art. 145 Sch.- u. K.-G.), kann auch auf die Ausführungen von a. Oberrichter Wolf im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III Nr. 108 verwiesen werden, welche maßgebend waren für die Aufstellung der Bestimmungen in den §§ 223 u. 228 der obergerichtlichen Anweisung. Es mag hier speziell noch betont werden, daß gegen die Annahme, es sei der Betreibungsbeamte verpflichtet, von Amtes wegen allfällig beim Schuldner neu entdecktes Vermögen zu Gunsten der schon bestehenden ungedeckten Pfändungen einzupfänden, ganz entschieden der Grundsatz des Betreibungsgesetzes spricht, daß der Betreibungsbeamte überhaupt nicht verpflichtet ist, irgendwelche Exekutionshandlungen von Amtes wegen, ohne ausdrückliches Begehren des Gläubigers und gleichzeitigen Kostenvorschuß, vorzunehmen, — ausgenommen in den vom Gesetz selber ausdrücklich bezeichneten Fällen: Art. 123 (vgl. § 141 Abs. 2 der oberger. Anw.) und Art. 145. Diese Ausnahmen zu verallgemeinern geht nicht an. Nach dem Bundesgesetz hängt es überall ausschließlich von dem Willen des Gläubigers ab, ob er die Exekution ihren Fortgang nehmen lassen will (wiederum ausgenommen dem Spezialfall, daß der Schuldner selber die Verwertung des Pfandes verlangen kann) und es geht nicht an, diesen Willen im einen oder andern Fall einfach zu präsumieren, — ausgenommen eben da, wo im Gesetz ausdrücklich ein Eingreifen von Amtes wegen vorgesehen ist. Das trifft aber da zu, wo der Gläubiger bereits den Willen kund gegeben hat, daß er die Exekution gänzlich durchführen, sein Pfändungspfandrecht realisieren will: Art. 123 und 144 Sch.- u. K.-G.

(31 Oktober 1901.)

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.

15. Dezember 1901. XX. Band. No. 23.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Verantwortlich Obergerichtsschreiber Dr. Schoch in Zürich. — **Verlag:** Art. Institut Orell Füssli in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postställen in der Schweiz, in Deutschland und Oesterreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonniert werden. Preis per Jahr 8 Franken; fürs Ausland inkl. Porto Fr. 9. 20.

Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Art. Institut Orell Füssli Zürich.

INHALT: I. Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich betr. a) Erfindungsschutz, b) Kompetenz. II. Entscheidungen der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes betr. a) Verkehr mit Schuldbriefen, b) Miteigentum, Teilungsklage, c) Haftpflicht. III. Litteraturanzeigen.

An die Leser!

Herr Dr. A. Schoch hat sich leider aus Gesundheitsrücksichten und Mangel an Zeit veranlaßt gesehen, die Redaktion der Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, die während 10 Jahren in trefflicher Weise von ihm besorgt wurde, mit Ende dieses Jahres niederzulegen. An seiner Stelle werden die Unterzeichneten die Publikation fortsetzen, und sie hoffen, daß die Freunde der Zeitschrift derselben auch in Zukunft ihr Wohlwollen erhalten werden.

Was den Inhalt der Sammlung anbelangt, so sollen von nun an die sämtlichen irgendwie interessanten Entscheidungen des zürcherischen Obergerichtes, Handelsgerichtes und Kassationsgerichtes aufgenommen werden, so daß die Abonnenten eine vollständige Übersicht über die zürcherische Rechtsprechung erhalten. Dabei ist im Interesse einer leichtern Orientierung für jede Nummer eine Einteilung des Stoffs nach den in Betracht kommenden Rechtsmaterien in Aussicht genommen. In dieser etwas veränderten Gestalt dürfte die Publikation noch mehr als bisher den Bedürfnissen der Juristen entsprechen, ohne daß sie für weitere Kreise, namentlich den Kaufmanns- und Gewerbestand, etwas an ihrem Werte verliert. Notwendige Konsequenz der beabsichtigten Neuerungen ist eine Änderung des Titels der Zeitschrift. Der Name „Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen" — der wohl von Anfang an nicht recht dem Inhalt der Sammlung entsprach — soll durch den andern: „Blätter für zürcherische Rechtsprechung" ersetzt werden.

Dr. H. Wächter, Oberrichter.
Dr. E. Schurter, Oberrichter.

Handelsgericht Zürich.

Erfindungsschutz.

I.

Für den Umfang eines mangelhaft redigierten Patentanspruches ist nicht der Wortlaut desselben, sondern der Inhalt der ganzen Patentschrift maßgebend.

Die beklagte Firma, Kaiser & Cie. in Kassel, ist Eigentümerin des auf Franz Schnell in Kassel lautenden, am 3. Januar 1899 angemeldeten eidgenössischen Patentes Nr. 18,359 für eine Schlachtspreize. Hierunter verşteht man eine in Schlachthäusern zur Verwendung kommende Vorrichtung, an welcher die ganzen Tierkörper an den Vorder- oder Hinterbeinen aufgehängt und behufs Erleichterung des Ausschlachtens durch ein Sperrmittel in Spreizlage festgehalten werden. Dieser Zweck wird bei der Konstruktion Schnell dadurch erreicht, daß die beiden Tierträger, an Rollen hängende Hacken, die mittelst der erstern auf dem schienenartigen Tragbalken hin und her bewegt werden können, durch an den Enden des Tragbalkens angebrachte Kipphebel daselbst fixiert werden. Diese Hebel sind nämlich mit Einkerbungen, sogen. Sperrrasten, versehen, welche ihrerseits in jene Rollen eingreifen. Solange diese nicht aus den Sperrrasten der Hebel befreit, bezw. diese gehoben werden, verbleibt das Tier in der Spreizlage. Zu dieser Funktion der beklagten Vorrichtung tritt aber noch eine weitere: Ist das Tier ausgeschlachtet und in zwei Hälften geteilt, von denen nunmehr jede frei an einer Rolle hängt, so wird der Tragbalken an den seine Enden haltenden Seilen mittelst einer Winde soweit gehoben, bis die nach außen vorstehenden Teile der Kipphebel an zwei Fixpunkten anstoßen und durch die damit hervorgerufene Drehbewegung die Tierträger freigeben, welche nun leicht nach der Mitte zusammengerollt werden können oder, wenn der Tragbalken nach innen geneigt ist, selbständig zusammenrollen. Der Nutzen dieser Funktion der Einrichtung ist, daß sich beide Tierhälften gemeinsam durch einen Doppelhaken abheben und weiter transportieren lassen, doch gehört diese letztere Operation selbst resp. die dafür nötige Einrichtung nicht mehr unter den Patentanspruch. Derselbe erstreckt sich nach der Patentschrift auf drei Punkte, nämlich:

1. Schlachtspreize, dadurch gekennzeichnet, daß die Tierträger auf dem als Fahrbahn ausgebildeten Tragbalken fahrbar angeordnet und in der Arbeitsstellung auf diesem Balken durch eine leicht lösbare Sperrvorrichtung festhaltbar sind, zum Zweck, die einzelnen Fleischteile auf einfache und bequeme Weise gemeinsam von der Mitte des Tragbalkens aus abnehmen und einem Transportmittel übergeben zu können.

2. Schlachtspreize nach Anspruch 1, bei welcher die Tierträger durch mit Sperrrasten versehene Kipphebel festhaltbar sind;

3. Schlachtspreize nach Anspruch 1, bei welcher die Fahrbahn des Tragbalkens von den Enden nach der Mitte zu geneigt ist, um ein selbsttätiges Fahren der Tierträger nach der Entnahmestelle zu ermöglichen.

In Deutschland wurde die diesem Patent zu Grunde liegende Einrichtung am 18. Feb. 1897 angemeldet. Anspruch 1 stimmte dabei mit der entsprechenden Ziffer des eidgenössischen Patentanspruches genau überein. Ein von der Klägerin der Maschinenbau A. G. vormals Beck & Henkel, beim deutschen Patentamt erhobener Einspruch führte jedoch dazu, daß die Beschwerdeabteilung jener Behörde den Ausdruck, leicht lösbare Sperrvorrichtung durch „leicht lösbare Kipphebel“ ersetzte. In dieser Form wurde das Patent im Central-Handelsregister vom 5. Dez. 1898 publiziert. Eine Anfechtung jener Entscheidung des Patentamtes ist nicht erfolgt.

Die Klage auf Nichtigerklärung von Anspruch 1 des Patentes Nr. 18,359 stützt sich nun in erster Linie darauf, daß der Gedanke einer leicht lösbaren Sperrvorrichtung bei Schlachtspreizen schon vor der Anwendung des angefochtenen Patentes, also vor dem 3. Jan. 1899 durch die dem deutschen Patent Nr. 95,715 zu Grunde liegende Erfindung des J. Venator in der Schweiz bekannt gewesen sei. Die Tierträger, ebenfalls mit Rollen versehene Haken, welche auf dem Tragbalken leicht hin- und hergleiten, werden hier zur Erzielung der Spreizlage mittelst einer ein-

geschobenen an beiden Enden mit mehreren Querlöchern versehenen Stange auseinandergehalten. Dieselbe läuft durch eine an den Tierträgern befindliche Öse, wobei ein innerhalb derselben durch eines der Löcher der Sperrstange gesteckter Stift die Rollen der Tierträger am Zusammengleiten hindert. Nachdem das Tier ausgeschlachtet und zerlegt ist, wird die Sperrstange zum Zweck des Transportes der Tierteile entfernt. Diese Einrichtung wurde am 24. Nov. 1896 beim deutschen Patentamt angemeldet und die Patentschrift unterm 8. Januar 1898 ausgegeben.

Zur Begründung der Klage wurde vorgebracht:

Die Klägerin sei aktiv legitimiert, da sie als Konkurrentin der Beklagten in der Erstellung von Schlachtspreizen ein Interesse an der Existenz oder Nichtexistenz des beklagtischen Patentes habe. Nun sei die Erfindung einer leicht lösbaren Sperrvorrichtung bei diesem Artikel schon in dem Venator-Patent enthalten, welches beinahe ein Jahr vor der Anmeldung des angefochtenen Patentes der Kenntnisnahme durch Fachleute zugänglich gewesen sei. Neu sei bei der beklagtischen Erfindung lediglich die spezielle Konstruktion der Sperrvorrichtung d. h. die Verwendung der Kipphebel. Reduziere man den Anspruch 1 des beklagtischen Patentes in diesem Sinne, so decke er sich mit Anspruch 2 und könne daher füglich gestrichen werden.

Der Antrag des Anwaltes der Beklagten auf Abweisung der Klage wurde in erster Linie damit begründet, daß die Publikation des Venator-Patentes ohne Einfluß auf die Rechte der Beklagten geblieben sei. Dazu komme, daß die Konstruktion „Venator" mit den wesentlichen Bestandteilen derjenigen von Schnell gar nichts gemein habe, und es nur auf einer Verkennung dieser Thatsache beruhe, wenn das deutsche Patentamt geglaubt habe, mit Rücksicht auf den damals ihm allein bekannten Inhalt des Venatorpatentes den Anspruch 1 des Schnellschen abändern zu müssen. Von leichter Lösbarkeit im Sinne des letztern könne dort nicht die Rede sein, da nach vollendeter Ausschlachtung des Tieres die Stifte von Hand aus der Sperrstange ausgezogen, diese ebenso entfernt und dann die Tierteile zusammengeschoben werden müssen, was sich bei der Schnellschen Erfindung alles automatisch vollziehe.

Das Gericht wies die Klage ab.

Gründe:

1. Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage die teilweise Nichtigerklärung des eidgenössischen Patentes Nr. 18,359. Ein solches Begehren erscheint nach der herrschenden Praxis an sich als zulässig, obschon das schweizerische Patentgesetz über die Frage der Statthaftigkeit einer bloß teilweisen Nichtigerklärung eines Patentes schweigt. (Mackenroth, Nr. 11 zu Art. 10.)

Die Anfechtung von Anspruch 1 des beklagtischen Patentes erfolgt nun deshalb, weil es zu weit gehe, wenn die Beklagte als Patentgegenstand Schlachtspreizen mit leicht lösbarer Sperrvorrichtung beanspruche. Derartige leicht lösbare Sperrvorrichtungen seien zur Zeit der Patentanmeldung etwas durchaus Bekanntes gewesen und speziell auch bei der Venatorschen Schlachtspreize (D. R. P. 95,715) zur Verwendung gekommen.

Dem gegenüber ist indessen vor allem zu betonen, daß das beklagtische Patent 18,359 ein Kombinationspatent ist und daß unzweifelhaft nicht von der Beklagten jede Schlachtspreize als Gegenstand ihrer Erfindung bezeichnet werden wollte, bei der eine leicht lösbare Sperrvorrichtung vorhanden ist. Wie in dem ersten, sorgfältig begründeten Gutachten des Patentanwaltes A. vom 4. März 1898 und den Bemerkungen des genannten Experten vom 24. April 1898 ausgeführt wird, läßt sich die Erfindung der Beklagten ungefähr folgendermaßen zusammenfassen: „Aufhängung des Schlachttieres an zwei Hakenrollen, Sperrung der letzteren gegen den von der Last ausgeübten Zug, sodann automatische Auslösung dieser Sperrung durch Anstoßen an ein Hindernis beim Aufwinden der Vorrichtung, schließlich Zusammenlaufen der Hakenrollen nach Aufhebung der Sperrung durch das eigene Gewicht der Tierhälften." So aufgefasst, war die Erfindung, aber, wie der Experte A. ausführt und von der Klägerin nicht widerlegt ist, etwas ganz Neues und speziell auch

nicht mit der beim Patent Venator vorliegenden Konstruktion irgendwie verwandt. Es kann also keine Rede davon sein, daß der Patentanspruch des Patentes 18,359 materiell zu weit gehe, und deswegen eine teilweise Annullierung desselben zu erfolgen habe. Dagegen könnte die Frage aufgeworfen werden, ob vielleicht redaktionell eine andere Fassung der Patente vorzunehmen sei, wie eine solche s.. Z. von der Beschwerdeabteilung des deutschen Patentamtes gegenüber der Patentanmeldung für notwendig erachtet wurde.

2. In dieser letztern Beziehung ist ohne weiteres zuzugeben, und wird auch in dem erwähnten A'schen Gutachten betont, daß die Redaktion des beklagtischen Patentes keineswegs eine glückliche ist. Immerhin ist aber aus dem Patent in Verbindung mit der Beschreibung und der Zeichnung das Wesen der patentierten Erfindung ersichtlich, und speziell wird wohl der Gedanke, als ob die Beklagte mit ihrem Patent ein Monopol auf alle Schlachtspreizen mit leichtlösbaren Sperrvorrichtungen beanspruchen wolle, kaum aufkommen können. Auf der andern Seite hat die Erfahrung gezeigt, daß eine redaktionelle Änderung wie sie von der Klägerin gewünscht wird, wiederum die Gefahr einer Verkennung der Tragweite des beklagtischen Patentes in sich schließt. Während nämlich die Beschwerdeabteilung des deutschen Patentamts, das die Worte „leichtlösbare Sperrvorrichtung" durch „leicht lösbare Kipphebel" ersetzte, damit nur einer allfälligen Ausdehnung des Patentes auf andere Konstruktionen (Einbeziehung des Venatorpatentes) vorbeugen wollte, wurde die Sache in der Folge so aufgefasst, als ob der Erfindungsschutz auf eine ganz bestimmte Ausführungsform des Erfindungsgedankens eingeschränkt worden sei. Da nun ein derartiger Irrtum auch für das Gebiet der Schweiz aufkommen könnte, die vom deutschen Patentamt s. Z. befürchtete Ausdehnung des Patentes dagegen nicht wohl zu befürchten ist, erscheint es als richtig, die gegenwärtige Fassung des Patentanspruchs unverändert bestehen zu lassen.

(Maschinenbau A. G. vorm. Beck & Henkel c. Kaiser & Cie. 2. Sept. 1901.)

II.

Zeitliche Priorität eines schweizerischen Patentes auf Grund des deutsch-schweizerischen Übereinkommens betr. den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 16. Aug. 1894. — Für das dem Erfinder gesetzlich zustehende Individualrecht ist die Priorität der Anmeldung maßgebend. — Gegenstand des Patentrechtes ist der der patentierten Konstruktion zu Grunde liegende Erfindungsgedanke, also nicht nur die spezielle Ausführungsform laut Patentzeichnung und Modell.

Die klägerische Firma Kaiser & Cie. in Kassel ist Eigentümerin des auf F. Schnell lautenden eidgen. Patentes Nr. 18,359 für eine Schlachtspreize, welches am 3. Januar 1899 in Bern angemeldet wurde. Die nämliche Erfindung wurde in Deutschland schon am 18. Februar 97 patentamtlich angemeldet, und das betr. Patent unter Nr. 101,407 am 5. Dez. 98 publiziert. Betreff die diesen Patenten zu Grunde liegende Erfindung kann auf die Ausführungen in dem zwischen den gleichen Parteien erlassenen Urteil betr. teilweise Nichtigerklärung des eidgen. Patentes Nr. 18,359 verwiesen werden. (Vorstehend mitgeteilt.)

Die beklagte Firma, Maschinenbau A. G. vorm. Beck und Henkel, besitzt ebenfalls für eine Schlachtspreize das vom 5. Juli 1900 datierte eidgen. Patent Nr. 20,257 und in Deutschland für den gleichen Apparat das Patent Nr. 111,499 mit Anmeldung vom 28. Okt. 1897. Das Wesen der betr. Einrichtung stellt sich nach dem Inhalt der schweizerischen Patentschrift folgendermaßen dar: Wie bei der klägerischen Erfindung ist der als Schiene ausgebildete Tierträger, ebenfalls eine Doppelschiene, trapezartig an beiden Enden aufgehängt. Die mit Rollen versehenen Tierträger werden durch an den Enden des Tragbalkens selbst befindliche Einkerbungen in der Spreizlage festgehalten. Zwei gleichlange Hebel, welche zwischen den beiden Schienen des Tragbalkens liegen und in der Mitte desselben zusammenstoßen, sind um zwei Fixpunkte derart drehbar, daß eine Hebung der äußern Hebelarme die Tierträger aus den Einker-

bungen löst und auf den nach innen geneigten Hebeln nach der Mitte zusammengleiten läßt, so daß nun der gemeinsame Weitertransport der Tierhälften wie bei der Schnellschen Konstruktion stattfinden kann. Die Drehung der Hebel wird dadurch hervorgerufen, daß die ganze Schlachtspreize soweit gehoben wird, bis die innern Enden der Hebel an ein gemeinsames Hindernis stoßen und so nach unten gedrückt werden.

Die Klägerin verlangt nun die Nichtigerklärung des Patentes Nr. 20,257 und zwar mit folgender Begründung: Kraft des deutsch-schweizerischen Übereinkommens betr. den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 16. Aug. 1894 habe die klägerische Anmeldung des schweiz. Patentes Nr. 18,359 die gleiche Wirkung, als ob sie schon am 18. Februar 97 erfolgt wäre. Wende man diesen Grundsatz auf das angefochtene Patent der Beklagten an, so habe dasselbe als vom 28. Okt. 1897 datierend zu gelten. Die zeitliche Priorität des klägerischen Patentes stehe darnach fest, und da eine Vergleichung der beiden Konstruktionen zeige, daß die beklagtische offenbar nur eine Umkehrung, m. a. W. eine Nachbildung der klägerischen sei, so müsse das angefochtene Patent als nichtig, event. aber, weil ihm auf jeden Fall ein selbständiger Erfindungsgedanke nicht zu Grund liege, als vom klägerischen abhängig erklärt werden.

Der Vertreter der Beklagten nahm ursprünglich den Standpunkt ein, die Klägerin hätte, um für ihr schweizerisches Patent die Vergünstigung des deutsch-schweizerischen Übereinkommens beanspruchen zu können, gewisse Formalitäten erfüllen müssen, ließ denselben aber im Verlaufe fallen und anerkannte die bezüglichen Behauptungen der Gegenpartei. Im übrigen führte er aus: Selbst wenn man davon ausgehe, daß die beklagtische Erfindung gegenüber der klägerischen einen wesentlich verschiedenen Gedanken nicht enthalte, so sei sie doch zu schützen, da eine Nachahmung nicht in Frage komme, weil in dem maßgebenden Zeitpunkt, am 28. Okt. 97, die Konstruktion der Klägerin noch nicht öffentlich bekannt gewesen sei. Beide Erfindungen seien überdies wesentlich verschieden. Als neue von Schnell nicht verwendete Mittel treten bei der Beklagten auf: Einkerbungen, welche direkt am Tragbalken angebracht seien; Verwendung von bis in die Mitte des Tragbalkens reichenden Hebeln, welche durch ein gemeinsames Hindernis gedreht die Tierträger aus den Einkerbungen heben, und gleichzeitig die Vereinigung der Tierhälften herbeiführen. Als durch diese neuen Mittel hervorgerufene eigenartige Nutzeffekte seien sodann zu bezeichnen: Bei eventuellem Brechen der Hebel verharre das Tier gleichwohl in der Spreizlage; das Spreizen des Tieres selbst vollziehe sich hier leichter, da die Arme des Tragbalkens wagrecht und nicht nach innen geneigt seien; auch wenn der Tragbalken beim Aufwinden in eine schiefe Lage geraten sollte, erfolge die Auslösung der Tierträger und das Zusammenführen derselben doch gleichmäßig, da die Drehung der Hebel durch ein und dasselbe Hindernis bewirkt werde. Gestützt auf diese Thatsachen habe das deutsche Patentamt, Nichtigkeitsabteilung, unterm 7. März a. c. das auch dort gestellte Begehren der Klägerin um Nichtigerklärung des beklagtischen Patentes abgewiesen.

Die Klage auf Nichtigerklärung des angefochtenen Patentes der Beklagten wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Die Klage geht davon aus, die beklagtische Konstruktion sei zur Zeit der Patentanmeldung in der Schweiz resp. in Deutschland im Hinblick auf die ältere klägerische Erfindung nicht schutzfähig gewesen. Für die Beurteilung dieser Frage ist zweierlei maßgebend, einmal ob dem klägerischen Patent gegenüber dem beklagtischen überhaupt eine zeitliche Priorität zukomme, und wenn ja, ob der beklagtischen Konstruktion gegenüber der klägerischen der Charakter einer selbständigen Erfindung zuzuerkennen sei.

2. Was den erstern Punkt anbelangt, so gehen die Parteien darin einig, daß als maßgebende Daten diejenigen der beiden Patentanmeldungen in Deutschland anzusehen sind, für die Klägerin also der 18. Februar 97 und für die Beklagte der 28. Okt. 97. Daraus folgt für das erstere Patent ohne weiteres eine zeitliche Priorität,

welche nach dem deutschen Patentgesetz § 3 Abs. 1 und § 10 die Wirkung hat, daß die spätere Anmeldung, wenn sie die nämliche Erfindung zum Gegenstande hat wie die frühere, nicht zur Erteilung eines Patentes führt, event. daß gegen ein gleichwohl gewährtes Patent die Nichtigkeitsklage mit Erfolg angestrengt werden kann. Hätten also zwei Personen unabhängig von einander zur nämlichen Zeit die gleiche Erfindung gemacht, so würde dennoch bei der Patenterteilung nur derjenige berücksichtigt, der seine Erfindung zuerst angemeldet hat. Dieser Rechtssatz des deutschen Gesetzes ist nun allerdings im schweizerischen nirgends ausdrücklich enthalten und die Beklagte hat denn auch behauptet, die blosse Priorität des einen Patentes vor dem andern sei hier nur dann entscheidend, wenn das frühere Patent zur Zeit der spätern Anmeldung bereits öffentlich bekannt gemacht, m. a. W. wenn in jenem Zeipunkt schon die Publizität im Sinne von Art. 2 des Patentgesetzes für die später angemeldete Erfindung begründet gewesen sei. Diese Auffassung ist jedoch irrtümlich. Zwar kann, wenn die angegebenen Umstände zutreffen, die Nichtigkeitsklage nicht auf Ziff. 1 von Art. 10, d. h. auf den Mangel der Neuheit der Erfindung des Zweitanmelders gegründet werden. Denn nach Art. 2 gelten Erfindungen ja nur dann nicht als neu, wenn sie zur Zeit der Anmeldung in der Schweiz schon derart bekannt geworden sind, daß die Ausführung durch Sachverständige möglich ist. Daraus aber, daß eine Erfindung, welche heute zur Anmeldung kommt, vor kurzer Zeit schon von einem andern angemeldet worden ist, folgt noch keineswegs, daß im gegenwärtigen Moment für diese Erfindung bereits die Voraussetzungen des Art. 2 gegeben sind. Wohl aber ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen, daß derjenige, der zuerst ein begründetes Gesuch um Erteilung des Patentschutzes gestellt hat, gegenüber allen spätern Anmeldungen der nämlichen Erfindung den Voraus haben muß. Denn das durch die Erfindung geschaffene Individualrecht wird infolge der Anmeldung zu einem eigentlichen Monopolrechte, neben dem andere Rechte gleichen Inhalts nicht mehr bestehen können (Vgl. Kohler Handbuch des Patentrechts pag. 272). Bestätigt wird diese Auffassung auch durch Art. 4 des Patentgesetzes, nach welcher Bestimmung Personen, die zur Zeit der Patentanmeldung die Erfindung bereits benutzt, bezw. deren Benutzung vorbereitet haben, eine gewisse Ausnahmsstellung einnehmen. Es folgt daraus per argumentum e contrario, daß an und für sich die zeitliche Priorität in der Anmeldung der Erfindung entscheidend ist, und daß derjenige, der die gleiche Erfindung später anmeldet, auch wenn er dieselbe unabhängig von dem ersten Erfinder gemacht hat, kein rechtsbeständiges Patent mehr erlangen kann, sondern sich mit den aus Art. 4 cit. folgenden Rechten begnügen muß.

3. Das Patent der Beklagten muß sonach nichtig erklärt werden, wenn dasselbe nicht eine von der klägerischen verschiedene Erfindung zum Gegenstande hat. In dieser Hinsicht ist zu beachten, daß die Klägerin, wie speziell auch ihre deutsche Patentschrift zeigt, zwar auch die Verwendung der Kipphebel zur Erzielung der Spreizlage in der Erfindung inbegriffen wissen will, daß sie aber ein besonderes Gewicht legt auf die automatische Auslösung der Sperrvorrichtung und die selbsttätige Vereinigung der Tierhälften in der Mitte des Tragbalkens. Entscheidend ist daher, ob dieser Erfindungsgedanke bei dem angefochtenen Patent wiederkehre, oder ob dem letztern eine neue Idee zu Grunde liege. Nicht genügend für die Begründung einer neuen Erfindung ist es aber, wenn nur die Anordnung der wesentlichen, bei beiden Konstruktionen zur Verwendung kommenden Elemente verschieden ist. Denn nicht die spezielle Ausführungsform allein, wie sie in der Patentzeichnung und dem Modell zum Ausdruck kommt, bilden den Gegenstand des Patentrechtes, sondern der der patentierten Konstruktion zu Grunde liegende Erfindungsgedanke selbst (Seligsohn, Kommentar zum deutschen Patentgesetz pag. 246). Nun handelt es sich im vorliegenden Falle aber in der That nur um eine Ausführung dieses Erfindungsgedankens in einer veränderten

Form. Allerdings sind bei der beklagtischen Konstruktion die die Tierträger in Spreizlage haltenden Einkerbungen nicht an den Hebeln angebracht, sondern an den Tragbalken selbst; die Lösung der Tierträger erfolgt aber auch hier durch eine Drehung der Hebel, welch letztere wie beim klägerischen Patent hervorgerufen wird durch Anstoßen der Hebelenden, hier allerdings der innern, an einem Fixpunkt. Ebenso vollzieht sich nun die Vereinigung der Tierhälften ohne weitere Manipulation durch das eigene Gewicht derselben. Eine Vergleichung beider Konstruktionen zeigt auch ohne weiteres, daß es sich bei der beklagtischen nicht etwa um eine neue, originelle Verwendung der Elemente der klägerischen Erfindung sondern mehr nur um eine Umkehrung in der Anordnung derselben handelt. Es mag hier überall auf das Gutachten A's vom 4. März 1898 verwiesen werden, dessen Ausführungen das Gericht für überzeugend erachtet. Wenn A. später zu einem andern Resultate gelangte, so beruhte das, wie er deutlich genug erklärt hat, nur darauf, daß er die vom Patentamt an dem deutschen Patent der Klägerin vorgenommene redaktionelle Änderung für eine materielle Reduktion des Patentes ansah. Da nun aber diese Annahme eine irrtümliche war und jedenfalls das schweizerische Patent der Klägerin ohne die erwähnte Einschränkung auf eine bestimmte Ausführungsform des Erfindungsgedankens besteht (vgl. darüber die Erwägungen des Urteils i. S. Beck & Henkel c. Kaiser & Cie.), so steht nichts entgegen, auf das sorgfältig begründete erste Gutachten A's abzustellen.

(Kaiser & Cie. c. Beck & Henkel. 2. Sept. 1901.)

II. Sachliche Kompetenz.

§ 95 G. b. Rpfl.

I. Negative Feststellungsklage.

C. Rauch hatte gemeinsam mit E. Fisch in Zürich eine Bad- und Waschapparatenfabrik betrieben, und die Beiden hatten hiebei von Leukert & Mayer ein Grundstück erworben, das sie überbauen ließen. Durch Vertrag vom 12. Februar 1901 lösten sie ihre Kollektivgesellschaft auf; Rauch verpflichtete sich, Fisch sein Gesellschaftsguthaben innert Frist auszubezahlen, die Liegenschaftsangelegenheit sollte gemeinschaftlich liquidiert werden. Mit Rücksicht auf einen hiebei in Aussicht stehenden Verlust hielt Rauch die Zahlung des ca. 3000 Fr. betragenden Restguthabens des Fisch zurück. Fisch ersuchte ihn dann um Zahlung, da er des Geldes als Kaution für eine Anstellung hinterlegen müsse. Nachdem E. Leuthold, Holzhändler und Inhaber einer Holzsägerei in Horgen, der Schwager des Fisch, sich am 28. Juni 1901 dem Rauch als Bürge und Selbstzahler für die diesem aus der Liegenschaftsangelegenheit an Fisch noch zustehenden Ansprüche verpflichtet hatte, stellte Rauch dem letztern, wie er behauptet, unter der ausdrücklichen Bedingung, daß das Geld zur Kautionsleistung verwendet werde, am 1. Juli 1901, vier mit der Orderklausel versehene Anweisungen auf die Schweiz. Volksbank in Zürich aus. Zwei derselben, von 500 Fr. per 31. Juli 1900 und 1000 Fr. per 15. August dieses Jahres, indossierte Fisch an Leuthold. Rauch erfuhr dann, daß Fisch in seiner Stelle eine Kaution gar nicht habe leisten müssen und beauftragte die Volksbank, die Anweisungen nicht einzulösen. Leuthold hatte dieselben der Leihkasse Horgen weiter begeben und mußte ihr dann, da sie von der Volksbank nicht eingelöst wurden, die Beträge nebst Protestkosten ersetzen. Für jene Summen nebst Kosten und Zins betrieb er Rauch als den Aussteller der Anweisungen, und erhielt gegenüber dem Rechtsvorschlag desselben provisorische Rechtsöffnung. Rauch stellte nun beim Handelsgericht die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs 2. Sch- u. K.-G.), und verlangte also, daß gerichtlich festgestellt werde, daß die in Betreibung gesetzte Forderung dem Beklagten Leuthold nicht zustehe, indem er geltend machte, daß er zur Ausstellung der Anweisungen durch Arglist veranlaßt worden sei.

Das Gericht erklärte sich als inkompetent.

Gründe:

Die Klage geht im Sinne eines negativen Feststellungsbegehrens dahin, daß die vom Kläger ausgestellten streitigen Orderanweisungen, weil durch Arglist des Assignatars hervorgerufen, gerichtlich als rechtsunwirksam erklärt werden, und es frägt sich somit für die Kompetenz, ob der durch das Indossament des Assignatars E. Fisch bewirkte Erwerb derselben durch den Beklagten die Voraussetzungen für die Kompetenz des Handelsgerichtes erfülle, welche nach § 95 G. b. Rpfl. darin bestehen, daß der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe. In erster Hinsicht wäre es Sache des Klägers gewesen, nachzuweisen, daß die Anweisungen vom Beklagten mit Rücksicht auf seinen Gewerbebetrieb, der im Holzhandel und dem Betriebe einer Holzsäge besteht, entgegengenommen worden seien; der Kläger hat nun erklärt, er wisse nicht, ob der Indossant Fisch am Geschäfte des Beklagten beteiligt sei und zu welchem Zwecke er sie diesem übergeben habe, doch spreche die Vermutung dafür, daß der Beklagte die Anweisungen „irgendwie unter Bezugnahme auf sein Geschäft" erworben habe. Von einer Rechtsvermutung in diesem Sinne kann indes nicht die Rede sein, ebensowenig aber von einer thatsächlichen Präsumtion, d. h. einer zum Beweis genügenden Wahrscheinlichkeit, vielmehr fehlt es an irgendwelchen Anhaltspunkten hiefür. Der vorgelegte Bürgschein des Fisch unterstützt gegenteils die Darstellung des Klägers, daß es sich dabei lediglich um einen Inkasso des Beklagten zu Gunsten des Fisch, einen diesem mit Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältnis geleisteten Dienst, gehandelt habe, in dem Sinne, daß das vom Beklagten beigefügte Indossement dazu dienen sollte, von der Leihkasse Horgen als Indossatarin die Anweisungssummen erhältlich zu machen, was mit dem Gewerbe des Beklagten in keinem, jedenfalls aber nicht in unmittelbarem Zusammenhange stehen würde, wie es nach der Gerichtspraxis gemäß § 95 G. b. Rpfl. verlangt werden müßte (Handelsrechtl. Entsch. Bd. XX, S. 277 und die dortigen Präjudikate); sogar wenn der Beklagte die Anweisung für eine aus seinem Gewerbebetriebe herrührende Forderung, also in seinem Geschäftsbetrieb, an Zahlungsstatt oder Deckung (für die für Fisch eingegangene Bürgschaft) übernommen hätte, müßte auf Grund eines frühern in einem ähnlichen Falle erfolgten Entscheides (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XX S. 71) die vom Gesetz verlangte enge Beziehung zum Geschäftsbetrieb des Beklagten verneint werden.

Ebensowenig bezieht sich der Streit im Sinne des § 95 G. b. Rpfl. auf „Handelsverhältnisse überhaupt", da hierunter, wie das Handelsgericht schon öfters entschieden hat, im Gegensatz zu Rechtsverhältnissen, welche bloß wegen ihres Bezuges auf den Gewerbebetrieb des Beklagten als Handelsverhältnisse anzusehen sind (sog. subjektive Handelsgeschäfte), solche verstanden werden müssen, welche diesen Charakter überhaupt, d. h. schon an und für sich haben, also die sog. absoluten Handelsgeschäfte (Handelsrechtl. Entsch. Bd. XVIII, S. 48, 171, 313, Bd. XX, S. 72, 144, 145, 239 und 277). Als solche gelten aber Wechselgeschäfte, denen die mit andern Orderpapieren etwa gleichzustellen wären, nach der herrschenden Auffassung nicht, (vgl. Rießer, Grundgedanken in den kodifizierten Handelsrechten aller Länder, Stuttgart 1895, S. 35), insbesondere auch nicht nach Art. 271 des alten deutschen Handelsges. B.; dieses zählt vielmehr in Art. 272 die „Bankiergeschäfte", wozu auch der Giro- und Diskonto-Verkehr gehört (vgl. Staub, Komm., III. und IV. Aufl. S. 687 Ziff. 2 und Puchelt IV. Aufl. Bd. II S. 713), lediglich zu den subjektiven oder relativen Handelsgeschäften, welche erst bei gewerbsmäßigem Betrieb als „Handelsgeschäfte" anzusehen sind.

(15. November 1901.)

II. Klage aus Vermietung einer Maschine an ein Baugeschäft.

Die im Handelsregister eingetragene Beklagte J. Stapfer betreibt ein Architektur- und Baugeschäft. Mit der Klage fordern die Kläger, Rœtschi u. Meier, Fr. 514. 85 Cts. als Mietzins einer von ihnen der Beklagten

zum Gebrauche bei ihren Bauten überlassenen Baupumpe und für Transportkosten dieser Pumpe. Das Handelsgericht ist aber in der Sache nicht zuständig; es fehlt beim eingeklagten Geschäft an dem engen und unmittelbaren Zusammenhange mit dem Gewerbebetriebe des Beklagten, wie es gemäß § 95 Abs. 1 G. b. Rpfl. und der Gerichtspraxis für die Kompetenz vorausgesetzt ist. (Vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XX S. 277.) Denn im Unterschied zu den Klagen gegen Baugeschäfte aus Lieferung von Baumaterialien, wofür das Handelsgericht sich als zuständig erklärt hat (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XIV S. 330), weil diese den Stoff zum Gegenstand haben, den die genannten Geschäfte in dessen in ihrem Geschäftsbetrieb veränderten Form und den daraus erzeugten Bauobjekten, gewerbsmäßig zum Umsatze bringen, handelt es sich bei der gegenwärtigen Klage um ein bloßes Hülfsgeschäft des beklagtischen Gewerbebetriebes, da dasselbe diesem lediglich ein Werkzeug (Maschine) verschaffen und denselben hiedurch vorbereiten bezw. unterstützen soll; für derartige Hülfsgeschäfte ist aber die Kompetenz des Handelsgerichtes in konstanter Praxis verneint worden. (Vgl. Handelsr. Entsch. Bd. XX S. 277 und die dortigen Präjudikate, besonders Bd. XVIII S. 313.) (26. November 1901.)

Obergericht Zürich.

Appellationskammer.

I. Verkehr mit Schuldbriefen.

§ 386 Priv. Ges. B. gestattet nicht die reine Eigentümerhypothek, in dem Sinne, daß der Grundeigenthümer im stande wäre, einen Schuldbrief von Anfang an zu seinen eigenen Gunsten zu bestellen, d. h. zunächst ohne Begründung eines Schuldverhältnisses, lediglich zur Offenhaltung des Ranges und als Kreditmittel. Unwirksam ist es daher auch, wenn der Grundeigentümer bei einer Bank, um für eine beabsichtigte Baute auf der Liegenschaft successive Darlehn erhältlich zu machen, auf ihren Namen als Gläubigerin statt eines Kreditversicherungsbriefes einen Schuldbrief errichtet und diesen der Bank zu Faustpfand giebt.

A. Wolff war Eigentümer eines Bauplatzes in Zürich V, auf dem er ein Wohnhaus zu errichten beabsichtigte. Um sich die hierfür nötigen Gelder zu beschaffen, bestellte er zu Gunsten der Leihkasse Neumünster in Zürich V am 17. Februar 1899 einen Schuldbrief von Fr. 100,000 auf sein Baugrundstück, mit dem fingierten Schuldbekenntnis für die genannte Summe und gab diesen Schuldbrief am gleichen Tage der Leihkasse Neumünster zu Faustpfand, für den ihm von dieser bis zum genannten Betrag in laufender Rechnung zu gewährenden Kredit; sowie, laut dem Tenor der Faustpfandverschreibung, für alle weitern von ihm gegenüber der Leihkasse eingegangenen oder noch einzugehenden Verpflichtungen. Nachdem auf dem Grundstück ein Haus im Assekuranzwerte von Fr. 105,000 gebaut worden war, verkaufte K. Wolff am 26. Oktober 1899 die Liegenschaft an Friedrich Fischer. Seine Schuld bei der Leihkasse Neumünster betrug damals Fr. 75,139. 90 Cts.; in diesem Betrage wurde der Schuldbrief dem Fischer angewiesen und letzterer von der Leihkasse als Schuldner angenommen. Am 17. März 1900 zahlte dieser der Leihkasse hieran Fr. 66,151. 30 Cts. ab, aus einem von der Hypothekarbank Winterthur empfangenen Darlehn, für letzteres bestellte er dieser einen nachgehenden Schuldbrief auf die nämliche Liegenschaft; derjenige von Fr. 100,000 wurde mit Zustimmung der Leihkasse Neumünster auf Fr. 33,000 reduziert. Im November 1899 war A. Wolff in den Konkurs gekommen, in diesem hatte die Leihkasse u. a. als Kontokorrentforderung angemeldet Fr. 75,194 30 Cts. nebst Zins, mit dem Schuldbrief von Fr. 100,000 als Faustpfand, diesen nahm sie aber auch für eine Reihe anderweitiger Guthaben in Anspruch. — Im November 1900 schrieb das Konkursamt die Versteigerung des Schuldbriefes vom 17. Februar 1899 von Fr. 33,000 aus. Hiergegen protestierte aber Fischer, er anerkannte zwar eine Schuld an die Konkursmasse A. Wolff

von Fr. 8139. 90 Cts. (Fr. 75,139. 90 Cts. Forderung der Leihkasse Neumünster an A. Wolff vom 26. Okt. 1899, abzüglich Fr. 67,000 als Betrag des damals zu Gunsten der Hypothekarbank Winterthur errichteten Schuldbriefe), bestritt dagegen den Schuldbrief vom 17. Februar 1899 in jeder Hinsicht. Das Konkursamt brachte aber diesen Schuldbrief von Fr. 33,000 nichtsdestoweniger zur Steigerung, und die Leihkasse Neumünster erwarb denselben um Fr. 15,500. Auf dem Prozeßwege verlangte sie von Fischer Anerkennung des Schuldbriefes im Betrage von Fr. 33,000, indem sie sich überall auf ihren guten Glauben berief. Der Beklagte anerkannte die Klage im Betrage von Fr. 8139. 90 Cts. nebst Zins seit 26. Oktober 1899, bestritt dagegen das weitergehende Begehren, da er die ihm beim Kauf des Hauses angewiesene Schuld bis auf den genannten Rest damals getilgt habe.

Das Bezirksgericht Zürich II. Abt. hieß indes mit Urteil vom 22. Juni 1901 die Klage im Betrage von Fr. 17,100 nebst Zins seit 1. Januar 1901 gut. Es führte aus: So seltsam es erscheinen möge, dass die Klägerin einen zu ihren Gunsten errichteten Schuldbrief, also einen eigenen Titel, sich erst noch habe als Faustpfand geben lassen, so reihe sich doch diese Erscheinung „würdig an andere Mißgestaltungen an," welche die Praxis im zürcherischen Hypothekarverkehre in neuerer Zeit geschaffen habe und sie sei um so weniger zu beanstanden, als jedenfalls ein Forderungs- und Grundpfandrecht der Klägerin konstituiert worden sei und der Beklagte deshalb auch keine bezügliche Einwendung erhoben habe. Indes könne der Schuldbrief, da ihm nicht ein Darlehn von Fr. 100,000 zu Grunde gelegen habe, lediglich im Betrage der wirklichen Kontokorrentforderung der Klägerin gegenüber Wolff geschützt werden. Die Frage, ob die Klägerin auch dem Beklagten gegenüber einen höhern Betrag als Fr. 75,139. 90 Cts. geltend machen könnte, falle außer Betracht, da jene nur Fr. 33,000 fordere und der Beklagte sich jedenfalls am 16. März 1901 mit dem Fortbestand des Schuldbriefes in diesem Betrage einverstanden erklärt habe. Auf letztern hätte die Klägerin aber nur Anspruch, wenn sie bei der Ersteigerung des Schuldbriefes im guten Glauben gewesen wäre, einen Titel im genannten Betrag zu bekommen; dies sei aber ausgeschlossen, da sie den Sachverhalt überall gekannt habe. Unter Einrechnung anderweitiger Forderungsverhältnisse zu A. Wolff, für die ihr der Schuldbrief ebenfalls verpfändet worden sei, betrage nun ihre Gesamtforderung an den Genannten Fr. 17,100 nebst Zins und für diese Summe habe sie daher auf den Schuldbrief Anspruch.

Vor der Appellationsinstanz, an welche es sich gegen dieses Urteil berief, anerkannte der Beklagte eine Forderung von Fr. 8988. 60 Cts. nebst Zins seit 26. Okt. 1899 (Fr. 75,139. 90 Cts. ÷ Fr. 66,151. 30 Cts.). Er wendete nun gegen die Klage hauptsächlich ein, eine Schuldbrieforderung sei für die Klägerin gar nicht entstanden, da es an dem hiefür nötigen Schuldgrunde gefehlt habe; auch könne niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben. Die zweite Instanz wies in der That die Klage, soweit sie nicht anerkannt worden war, ab.

Gründe:

1. Es kann zunächst einem Zweifel nicht unterliegen, daß der Akt vom 17. Februar 1899, durch den Karl Wolff der Klägerin einen zu deren Gunsten angelobten Schuldbrief von Fr. 100,000 zu Faustpfand verschrieb, sich unmöglich seinem Wortlaut gemäß als eigentliche Faustpfandbestellung auffassen läßt. Denn einmal lag dem angeblich zu Pfand gegebenen Schuldbrief ein materielles Schuldverhältnis noch gar nicht zu Grunde, so daß der Gegenstand des Faustpfandes fehlte, sodann aber ist klar, daß niemand seine eigene Sache bezw. eine ihm selbst zustehende Forderung zu Pfand nehmen kann. Eine Faustpfandbestellung war also durchaus ausgeschlossen, und der Wille der Parteien mußte sich notwendigerweise auf ein anderes Rechtsgeschäft richten. Fragen kann es sich in erster Linie, ob nicht einfach eine in besonderer Form vorgenommene Kreditversicherung, d. h. die Bestellung einer gewöhnlichen Hypothek für das dem Wolff zu gewährende Darlehen, beabsichtigt gewesen sei. Die Frage ist

indessen ohne weiteres zu verneinen. Die Praxis, sich einen Schuldbrief anloben und dann für ein zu gewährendes Darlehen zu Faustpfand geben zu lassen, scheint sich bei den zürcherischen Bankinstituten im Laufe der letzten Jahre durchaus eingebürgert zu haben, und zwar richtet sich die Absicht der Gläubiger dabei gerade darauf, auf anderem Wege als durch Zwangsverwertung der betreffenden Liegenschaft für sein Guthaben Befriedigung zu erhalten. Die Sicherheit soll nicht in dem Recht des Verkaufs des Grundstücks bestehen, sondern darin, daß der errichtete Schuldtitel in dem für bewegliche Pfänder vorgeschriebenen Exekutionsverfahren verwertet und der Erlös zur Deckung der gesicherten Forderung verwendet werden kann. Da nun aber dem Schuldtitel ein materielles Schuldverhältnis erst durch die im Verwertungsverfahren erfolgende Begebung desselben verschafft wird, so handelt es sich dem Wesen nach bei einer derartigen Sicherheitsbestellung nur um das dem Gläubiger eingeräumte Recht, im Falle der Nichtbezahlung der Schuld unter Beobachtung der Formen und Fristen der Faustpfandverwertung durch Begebung des zum voraus ausgefertigten Titels eine schuldbriefliche Belastung der in Betracht kommenden Liegenschaft an Stelle des Eigentümers derselben vorzunehmen. Es liegt also im Grunde genommen eine Verpfändung der Liegenschaft in dem Sinne vor, daß der Pfandgläubiger zwar nicht das Recht der Veräußerung des Pfandobjekts, wohl aber dasjenige der Begründung einer Hypothek auf dem letzteren und der Befriedigung aus dem dafür erzielten Äquivalente erhalten soll. Rein theoretisch betrachtet, steht der Annahme einer derartigen Verpfändung nichts entgegen, da Pfandrechte, die nicht auf die Veräußerung des Unterpfandes, sondern auf die Begründung von Rechten an demselben gehen, schon dem römischen Rechte bekannt waren. (Windscheid, Pand. I, § 227; Kohler Pfandrechtliche Forschungen, § 1.) Dagegen wird zu untersuchen sein, ob das zürcherische Recht ein Pfandrecht der bezeichneten Art als zulässig erscheinen lasse. Die Appellationskammer hat die Frage freilich schon einmal (vgl. Rechenschaftsbericht pro 1898, Nr. 32) bejaht; da der betreffende Entscheid aber einer näheren Begründung entbehrt, kann demselben ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden, vielmehr wird die Möglichkeit des in Betracht kommenden, ganz besonders gearteten, Pfandrechtes von neuem geprüft werden müssen.

2. In dieser Beziehung ist nun zunächst davon auszugehen, daß das normale Pfandrecht auf den eventuellen zwangsweisen Verkauf des Unterpfandes und nicht auf die Neubelastung desselben gerichtet ist. Die Frage darf also nicht dahin gestellt werden, ob das zürcherische Hypothekenrecht Bestimmungen enthalte, die ein „Pfandrecht mit Verpfändungsrecht" (Kohler a. a. O.) geradezu ausschließen, sondern es muß umgekehrt untersucht werden, ob sich Anhaltspunkte für die Zulässigkeit eines solchen Pfandrechtes im Gesetze finden. Die einzige Stütze für ein auf die Konstituierung eines Schuldbriefes gerichtetes Pfandrecht könnte nur in § 386 Pr. G.-B. enthalten sein, nach welcher Vorschrift der Schuldner zur Veräußerung und Verpfändung eines abbezahlten, aber noch nicht am Grundprotokoll gelöschten Schuldbriefs berechtigt sein soll. Wie die Gerichtspraxis in neuerer Zeit anerkannt hat (vgl. Handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. XIX, S. 204), bildet auch beim Schuldbrief die Zahlung einen Erlöschungsgrund für die Obligation, so daß der abbezahlte Schuldbrief in der Hand des Schuldners nicht etwa eine fortexistierende Forderung, sondern lediglich die Möglichkeit, ohne neuen Eintrag im Grundprotokoll, durch einfache Begebung der Urkunde eine Schuldbrieforderung neu zu konstituieren, repräsentiert. Wenn das Gesetz also nicht nur die Veränderung, sondern auch die Verpfändung eines solchen abbezahlten Schuldbriefs ausdrücklich für zulässig erklärt, so läßt sich das juristisch nicht anders konstruieren als in der Weise, daß der Schuldner einen Dritten ermächtigen kann, im Pfandverwertungsverfahren an seiner Stelle den Titel neu zu begeben, und es liegt daher in der That in der Bestimmung für einen Spezialfall eine Anerkennung des „Pfandrechts mit Verpfändungsrecht".

Daraus folgt indessen noch keineswegs, daß die Vorschrift verallgemeinert werden und auf Fälle, in denen ein Schuldbriefverhältnis noch gar nicht existierte, angewendet werden dürfe, und zwar deswegen nicht, weil der Gesetzgeber im § 386 Pr. G.-B. keineswegs ganz allgemein das Recht des Grundstückseigentümers, durch vorläufige Errichtung eines Schuldtitels die spätere wirkliche Begründung eines Schuldbriefverhältnisses vorzubereiten, anerkennen wollte. Der Gedanke war nicht der, daß der Eigentümer an sich berechtigt sein müsse, eine gewisse Pfandrechtstelle für spätere Verpfändungen vorzubehalten, sondern die Vorschrift beruht einfach auf der Fiktion, daß das Schuldbriefverhältnis durch die bloße Abzahlung der Schuld ohne Löschung des Titels nicht vollständig zerstört worden sei, und wenn der Richter nun trotzdem der Bestimmung ihre richtige juristische Qualifikation geben, also die Zahlung für eine Tilgung des Schuldbriefs und die „Veräußerung„ desselben für eine Neubegründung eines Schuldverhältnisses erklären muß, so berechtigt ihn das unmöglich dazu, die Erwägungen, die den Gesetzgeber leiteten, zu ignorieren und die für einen bestimmten Fall erlassene Vorschrift zu verallgemeinern. Unzweifelhaft erscheint es nach zürcherischem Rechte — ebenso wie nach anderen Gesetzgebungen (z. B. dem früheren preußischen und sächsischen Rechte), die eine dem § 386 Pr. G.-B. entsprechende Vorschrift enthalten — als ausgeschlossen, daß der Grundstückseigentümer sich von vorneherein bei der Verpfändung der Liegenschaft eine vorgehende Pfandrechtsstelle für spätere Hypotheken durch Errichtung eines auf seinen eigenen Namen lautenden Schuldtitels sichere, trotzdem nach der richtigen juristischen Auffassung in der vom Gesetze zugelassenen Nichtlöschung eines abbezahlten Schuldbriefs nichts anderes als ein Vorbehalt des diesem Briefe eingeräumt gewesenen Ranges zu erblicken ist. Ebensowenig geht es aber an, das auf die Begebung eines Schuldtitels, d. h. also die Neubegründung einer Hypothek hinzielende Pfandrecht deshalb ganz allgemein zuzulassen, weil der Gesetzgeber beim abbezahlten Schuldbrief ein solches Pfandrecht sanktioniert hat. Die richtige Form für eine Pfandrechtsbestellung in diesem Sinne wäre natürlich die, daß der Eigentümer des Grundstücks einen Schuldtitel auf seinen eigenen Namen errichten ließe und die Urkunde dann seinem Gläubiger faustpfändlich verschriebe; wie denn auch im vorliegenden Fall die Sache nachträglich vom Konkursamt so behandelt wurde, als ob der Titel auf den Namen des Kridars und nicht auf denjenigen des Gläubigers lauten würde. Die Ausfertigung des Briefes auf den Namen des Gläubigers (hie und da wohl auch auf denjenigen eines beliebigen Strohmanns) erfolgt nur, weil jeder zürcherische Notar seine Mitwirkung bei der Errichtung eines Schuldbriefs für den Schuldner selbst verweigern würde. Es braucht nun aber nicht weiter ausgeführt zu werden, daß eine Transaktion, die, in eine ihrem Inhalt entsprechende Form gekleidet, nicht geschützt werden kann, nicht dadurch zu einer gesetzmäßigen wird, daß die Parteien den wahren Sachverhalt verschleiern. Übrigens unterliegt die Konstituierung eines Pfandrechts, wie es hier in Frage steht, auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus schweren Bedenken. Es liegt auf der Hand, daß bei der im Exekutionsverfahren erfolgenden Begebung des errichteten Schuldtitels nur äußerst selten ein dem Nominalwert des letzteren entsprechender Betrag erzielt werden wird, so daß die Interessen des Schuldners unter einer solchen Pfandbestellung ganz erheblich leiden können. Den besten Beweis dafür liefert der vorliegende Fall. Denn die Konsequenz des die Verpfändung schützenden Standpunkts der Vorinstanz wäre natürlich die vollständige Gutheißung der Klage gewesen, trotzdem die Forderung der Klägerin an Wolff bei der Verwertung des Briefs um ca. 50% unter dem Restnominalbetrage der letzteren stand.

3. Trifft das Gesagte zu, so war die auf Begehren der Klägerin vorgenommene Verwertung des Schuldbriefs vom 17. Februar 1899 ohne irgendwelche rechtlichen Folgen; denn da die Gläubigerin selbst den Brief ersteigert hat, kann auch nicht etwa aus

den Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers von Schuldbriefen eine rechtsgültige Begebung des Titels hergeleitet werden. Dagegen kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Klage nicht aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte, soweit sie zweitinstanzlich noch aufrecht erhalten wurde, geschützt werden müsse. Man könnte nämlich dahin argumentieren wollen, daß, wenn eine Verpfändung, wie sie von den Parteien beabsichtigt wurde, rechtlich nicht zulässig sei, das Verpfändungsgeschäft doch wenigstens auf dem Wege einer sog. Konversion insoweit aufrecht erhalten werden dürfe, als dem Gläubiger ein Grundpfand für seine Forderung zuerkannt werde. Indessen braucht die Möglichkeit einer solchen Konversion im vorliegenden Falle nicht näher geprüft zu werden. Will man dieselbe nämlich auch an und für sich zulassen, so würde es sich jedenfalls nicht rechtfertigen, der Klägerin einen weiteren Schutz zu gewähren als den, daß ihre Kontokorrentforderung aus dem an Wolff erteilten Baukredit als durch die Verpfändung vom 17. Februar 1899 hypothekarisch sichergestellt erklärt würde. Die Sache wäre dann rechtlich einfach so zu behandeln, wie wenn die Parteien in Wirklichkeit für den Baukredit einen Kreditversicherungsbrief errichtet hätten, und es ginge unmöglich an, daß die Klägerin, gestützt auf die allgemeine Klausel ihrer Faustpfandverschreibungen, auch für ihre aus anderweitigem Verkehr herrührenden Forderungen an Wolff ein Grundpfand auf der beklagtischen Liegenschaft beanspruchen könnte. Es ergäbe sich also immer nur eine Gutheißung der Klage in dem beklagtischerseits anerkannten Betrage.

Eine Minderheit des Gerichts äußerte sich folgendermaßen:

1. Die Auffassung, daß der Klägerin durch den Akt vom 17. Februar 1899 weder ein Grundpfandrecht noch ein Faustpfandrecht entstanden sei, verkennt die Willensmeinung der Parteien anlässlich des genannten Aktes. Diese ging in der Hauptsache dahin, die Forderung der Leihkasse grundpfändlich zu versichern. Daher wurde in aller Form ein Schuldbrief, lautend auf die Klägerin als Kreditorin und auf Wolff als Schuldner, errichtet. Wenn daneben ein Faustpfandvertrag abgeschlossen wurde, der zum Objekt den nämlichen Schuldbrief hatte, so geschah dies lediglich zu dem Zwecke, für die Gläubigerin eine raschere Liquidation ihrer Forderung zu erreichen, d. h. ihr die Möglichkeit zu verschaffen, die Durchführung der an lange Fristen gebundenen Grundpfandverwertung auf eine andere Person (den Käufer des Schuldbriefes, für den in ähnlichen Fällen oft Bürgen vorhanden sind, die dann als Erwerber auftreten) abzuwälzen. Aus dieser Pfandbestellung darf aber sicherlich nicht der Schluß gezogen werden, daß die Kreditorin nun an die Rechtsbeständigkeit und eventuell die Geltendmachung ihres primär bestellten Rechtes, des direkten Grundpfandrechtes, verzichtet habe, das sie ja jederzeit, gestützt auf den Besitz des zu ihren Gunsten lautenden Schuldbriefes und gemäß dessen Tenor, ohne Gebrauch der Pfandverschreibung, geltend machen kann.

Eine andere Frage ist die, ob eine solche Faustpfandbestellung rechtlich möglich sei. Dies ist deshalb zu verneinen, weil der Inhaber einer Forderung dieselbe logischerweise nicht zu Pfand nehmen kann. Auch die Bestimmung des § 386 Pr. G.-B. kann nicht angerufen werden, weil nichts dafür vorliegt, daß der Schuldbrief der Klägerin je unversehrt in die Hand des Schuldners zurückgelangt sei.

2. Ist also der Schuldbrief von Fr. 100,000 als solcher als rechtsgültig zu betrachten, so ist er dann in seinem Betrage zu reduzieren, wenn der Schuldner einem nicht gutgläubigen Inhaber gegenüber — und als solcher erscheint die Klägerin — nachweist, daß die Schuld nicht die im Titel angegebene Höhe betrage. Im vorliegenden Falle steht dies fest, und es ist daher der Schuldbrief in der vom Beklagten verlangten Weise abzuschreiben, und er haftet auch nicht für andere Forderungen der Leihkasse gemäß dem Wortlaute der Pfandverschreibung.

(2. Oktober 1901. Friedr. Fischer c. Leihkasse Neumünster.)

II. Miteigentum, Teilungsklage.

Der Kläger erhob gegen den Bruder seiner Ehefrau, mit welcher ersterer im Streite lebte, die Streitfrage, ob die zwischen dem Beklagten und dem Kläger, resp. der Ehefrau des letztern von dem verstorbenen Vater derselben übernommene und seither fortgesetzte gemeinsame Bewirtschaftung des dem Beklagten und der Frau des Klägers gemeinsam gehörenden Heimwesens aufzuheben und wie dies zu vollziehen sei, ohne daß eine Realteilung der Liegenschaften selbst wegen der mangelnden Zustimmung der Ehefrau des Klägers vorgenommen werde.

Die zweite Instanz wies die Akten an die Vorinstanz zurück mit dem Auftrag, über die Thunlichkeit und die Art und Weise der Teilung der Benutzung der gemeinsamen Liegenschaft eine Expertise anzuordnen und auf Grund derselben das weitere Verfahren im Sinne nachfolgender Ausführungen durchzuführen.

Gründe:

1. Der Kläger stellt in II. Instanz von neuem das Rechtsbegehren, es möchte der im gemeinsamen Eigentum seiner Ehefrau und des Beklagten stehende Gütergewerb zum Zwecke der getrennten Bewirtschaftung nach richterlichem Ermessen oder auf Grund einer Expertise in zwei möglichst gleichartige und gleichwertige Teile geschieden, event. wenn dies als undurchführbar erscheine, der ganze Gewerb unter den Litiganten, event. auf öffentliche Pachtsteigerung gebracht werden.

Die I. Instanz hat die Klage (soweit sie nicht auf Teilung des Mobiliars gerichtet war) abgewiesen, indem sie im wesentlichen von der Anschauung ausging, es sei eine getrennte Bewirtschaftung einzelner Teile des Gewerbes durch diese oder jene Partei mit dem Wesen und Begriffe des Miteigentums unvereinbar.

2. Richtig ist, daß der Miteigentümer über seinen Anteil in der Regel frei verfügen kann, daß er jede im Miteigentum stehende Sache frei benutzen darf, soweit dadurch die Benutzung der andern Miteigentümer nicht gestört wird, und daß er endlich einen Anspruch hat auf einen Anteil des Ertrages jedes Stückes, wie er auch seinen Beitrag an die Kosten des nötigen Vermögensaufwandes leisten muß.

Allein diese vom Gesetze als Regel vorgeschriebene Benutzungsart des Miteigentums kann sowohl durch Vertrag, als durch Mehrheitsbeschluß, als durch richterlichen Spruch abgeändert werden.

Wenn A und B zusammen eine Parzelle Landes kaufen, um sie mit Gewinn wieder zu veräussern, oder wenn Bruder und Schwester von ihrem Vater einen Gewerb erben, so können die beiden doch gewiß vereinbaren, daß das Land dem A, daß der Gewerb dem Bruder gratis oder gegen eine angemessene Pachtsumme zur freien Bewerbung ,überlassen werde, ohne daß deswegen dem Begriffe des Miteigentums Abbruch gethan wird.

Die Allmend-, die Holz-, die Brunnen- und Bewässerungs-Korporationen werden durch Mehrheitsbeschlüsse über die Benutzungsweise ihres Miteigentums (Schneider Pr. R. § 108, Ziff. 1) im Sinne von § 112 des Pr. R. disponieren.

Überdies giebt es eine Reihe von Sachen, die sehr wohl im Miteigentume stehen können, an denen sich aber eine gemeinsame, gleichzeitige Benutzung gar nicht denken läßt, z. B. eine Obstpresse, ein Reitpferd, ein Kirchenort.

Aber selbst die einseitige Benutzung einer im Miteigentume stehenden Sache kann nicht zu einer schrankenlosen Verfügungsgewalt ausarten, sondern sie ist durch den Zweck der Sache und durch die Rechte der Miteigentümer begrenzt.

3. Wie nun die Interessenten durch Vertrag oder durch Mehrheitsbeschlüsse die Regeln der Benutzung gemeinsamer Sachen ändern können, so wird im Streitfalle auch die Intervention des Richters angerufen werden dürfen.

Solange das Verlangen der Aufhebung der Gemeinschaft nicht zu verwirklichen ist, weil der einseitige Antrag auf reale Teilung als unzulässig erscheint, so muß dem hievon betroffenen Teilhaber in Ermangelung einer die Verwaltung und Benutzung regelnden Bestimmung ein Mittel an die Hand gegeben werden, um auch gegen den Willen des andern Teilnehmers eine dem Interesse beider Teilhaber dienende Verwaltungs- und Benutzungsart herbeizuführen. Das wird da um so notwendiger sein, wo ein Mehrheitsbeschluß über Verwaltung und Benutzung nicht erreichbar ist. Demgemäß muß jedem Teilhaber der Anspruch verliehen werden, daß die übrigen Teilhaber in eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung einwilligen. Als angemessene Maßregeln können hier je nach den Umständen er-

scheinen: Die räumliche Trennung, die Verpachtung oder Vermietung der Sache an einen Dritten, die Überlassung der Nutzungen an einen Teilhaber gegen Abfindung der übrigen, die nach Zeitfristen wechselnde Benutzung durch die einzelnen Teilhaber u. s. f.

4. Im vorliegenden Falle wollen die Ehefrau des Klägers und der Beklagte, d. h. die beiden Miteigentümer, von einer realen Teilung des ererbten Gewerbes nichts wissen, und der Kläger kann die Teilung nicht erzwingen, weil Veränderungen an den im Grundbuche auf den Namen der Frau eingetragenen Liegenschaften nur mit Zustimmung der Ehefrau vorgenommen werden dürfen (§ 591).

Der Kläger ist aber auch nicht im stande, mit dem Beklagten zusammen ordentlich zu wirtschaften; denn dieser bekümmert sich um Wünsche, Anträge und Anordnungen des Klägers nichts, sondern er hört einfach auf das, was Frau G. will und diese behandelt ihren Mann (ob mit Recht oder Unrecht mag dahingestellt sein) wie einen Knecht.

Wenn daher der Kläger mit allen ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln nach einer selbständigen Stellung ringt, so darf ihm das kaum verübelt werden, und es ist die Einrede, der Kläger sei gar nicht im stande, einen Gewerb zu betreiben, angesichts der bisher von dem Angegriffenen eingenommenen unselbständigen Stellung nicht zu hören.

Der Kläger hat also ein Recht darauf, daß ein Teilungsmodus geschaffen werde, nach welchem die ihm als Ehemann zustehenden Verwaltungs- und Nutznießungsrechte zur Geltung kommen können.

5. Wie im Teilungsprozesse hat der die Abänderung der Verwaltungs- und Nutzungsregeln beantragende Kläger dem Gerichte die angemessenen Maßnahmen vorzuschlagen. Das ist nun zwar nicht in der Streitfrage, wohl aber in der Hauptverhandlung geschehen und heute noch des näheren ausgeführt worden.

In Übereinstimmung mit dem Antrage des Klägers hält das Gericht eine Ausscheidung in der Benutzung als das Zweckmässigste. Die Parteien wohnen jetzt schon zusammen im Hause und es wird sich daselbst wohl ohne erhebliche Veränderungen Platz für getrennte Hauswirtschaft finden. Scheune und Stall und Schöpfe können leicht real geteilt werden, und im übrigen ist das Gut so groß, daß voraussichtlich zwei selbständige Wirtschaften nebeneinander bestehen können. Sollten einige Grundstücke weder real geteilt, noch einem einzelnen der Teilhaber ganz zugewiesen werden können, so mag bezüglich dieser Liegenschaften unter den Interessenten eine Pachtsteigerung stattfinden.

Immerhin ist dem zu bestellenden Experten, der dem Gerichte einen Teilungsvorschlag zu machen hat, auch die Frage vorzulegen, ob trotz der Teilung der Liegenschaften noch ein ordentlicher landwirtschaftlicher Betrieb möglich sei.

Im Falle der Verneinung wird nichts anderes übrig bleiben, als den Gewerb auf die Pachtsteigerung zu bringen, sei es nur unter den Interessenten oder auf eine öffentliche Steigerung.

(22. Okt. 1901 i. S. Gibel c. Boßhard — U.)

III. Haftpflicht.

Unfall eines Bierführers bei der Pflege eines verletzten Pferdes. Verrichtung eines Dienstes, der mittelbar mit dem Fabrikbetrieb im Zusammenhang steht. Art. 3 des B. G. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht und Ergänzung des B. G. vom 25. Juni 1881, vom 26. April 1887.

Der Kläger war bei einem Dépôt der beklagtischen Bierbrauerei als „Bierführer“ angestellt. Ihm lag auch die Wartung und Pflege der Pferde ob. Eines derselben, das eine Schürfwunde an einem Hinterfuße hatte, sollte nun mit Wissen und Willen des Verwalters des Dépôt in der Weise „bewegt“ werden, daß der Kläger dasselbe bestieg, um auf ihm zu reiten. Das Pferd stürzte aber, so bald der Kläger aufgestiegen war, und derselbe verletzte sich.

Über die Anwendung des Haftpflichtgesetzes äußerte sich die Appellationskammer des Obergerichtes folgendermaßen:

1. Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung; denn der Unfall ist weder in einem Fabrikraume passiert, noch bei dem Fabrikbetrieb, worunter wohl nur die Herstellung der Waren in eigentlich technischem Sinne verstanden sein dürfte.

Ebensowenig trifft wohl der Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes zu. Wenn das Gesetz von Hülfsarbeiten spricht, die mit dem Fabrikbetriebe im Zusammenhange stehen müssen, so hat es wohl vorerst die dem eigentlichen Betriebe direkte vor- und nach-

durch Rückzug erledigt abzuschreiben, weil der Kläger im gegebenen Momente nicht citiert werden kann. Hätte der Gesetzgeber an die Unbestellbarkeit einer Vorladung so schwere Nachteile knüpfen wollen, so würde er dies gewiß ausdrücklich vorgeschrieben haben. § 189 G. betr .Rpfl. ahndet aber die Unterlassung der Anzeige des veränderten Wohnsitzes lediglich mit Ordnungsbuße.

Unter allen Umständen wird also eine Publikation(Ediktalladung) stattzufinden haben und frägt es sich nur, wer die Kosten vorzuschießen habe, die Partei oder der Staat. Hiebei ist nun von Fall zu Fall zu entscheiden.

Nach § 263 G. betr. Rpfl. dürfen Barvorschüsse von den Parteien nur dann verlangt werden, wenn die Auslagen veranlaßt worden sind durch das Begehren einer Partei oder infolge eines prozeßualen Aktes, zu dessen Vornahme die betreffende Partei pflichtig ist.

Nun hat zwar im vorliegenden Vindikations-Prozesse der Klageeinleitung eine Protestation des Beklagten im Betreibungs- oder im Konkursverfahren vorangehen müssen. Allein das Begehren darüber, daß sich der Kläger über seine Eigentumsansprache ausweise, kann doch wohl kaum ein Parteibegehren genannt werden, das die Kosten der Ediktalladung veranlaßt habe. Es ist Sache des Klägers und nicht des Beklagten, den Prozeß rechtzeitig einzuleiten, dem Richter den Wohnort bekannt zu geben, für ordentliche Empfangnahme der Vorladung zu sorgen und derselben rechtzeitig Folge zu leisten, um die streitigen Rechte zu wahren. Die Vorladung und was damit zusammenhängt, ist nicht ein Parteibegehren des Gegners, sondern eine unerlässliche, von dem Richter von Amtes wegen vorzunehmende Prozeßhandlung. Desshalb wird man auch nicht sagen dürfen, der Beklagte habe die Pflicht, den Kläger, den er wohl gar nicht kennt, und mit dem er zumeist nie in einem Vertragsverhältnis gestanden ist, auf eigene Kosten edictaliter vorzuladen.

Demnach bleibt nichts übrig, als daß in solchen Fällen der Staat eintritt. Damit entsteht aber auch für den Richter die Pflicht, vor der Publikation bei den zuständigen Kontrolbehörden sich zu erkundigen, ob der Aufenthaltsort des Klägers unbekannt sei.

(31. Oktober 1901.)

Schweizerisches
Rechtsbuch.
Im Auftrage des Bundesrates herausgegeben
von **Dr. P. Wolf,** Basel.

2 Bände elegant in Leinwand gebunden
Fr. 6.—. [OV 5]
Zu beziehen durch die **Buchdruckerei Kreis in Basel,** sowie durch alle Buchhandlungen.

Peter Bauer in Chur.
Incasso, Rechtsvertretungen in Betreibungen, Konkursen, Accommodements, kommerziellen Streitigkeiten u. s. w. [OV 1]

Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zürich.

Tableau des Schweizerischen Bundesrates
1902.
Mit Metallstäben.
Preis 1 Franken.
Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Druck und Expedition: ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI in Zürich.